



## **TÍTULO**

# **LA RESPONSABILIDAD DE LAS AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN LOS DELITOS RELATIVOS A LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO HISTORICO Y DEL MEDIO AMBIENTE** **(ANÁLISIS DE LOS ARTS. 320, 322 Y 329 CP)**

**ESTUDIO REALIZADO BAJO LA DIRECCIÓN DE LOS DOCTORES DON AGUSTÍN JORGE BARREIRO Y DON MANUEL CANCIO MELIÁ, QUE PRESENTA EL LICENCIADO CRISTÓBAL JAVIER CANTERO CERQUELLA PARA LA OBTENCIÓN DEL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO POR LA UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MADRID.**

**Facultad de Derecho.**

**Área de Derecho Penal.**

**Madrid 2009**



*A la memoria del Dr. Cantero, mi padre.*

*A Marupe.*



TITULO: LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS AUTORIDADES Y FUN-  
CIONARIOS PÚBLICOS EN LOS DELITOS RELATIVOS A LA ORDENACIÓN  
DEL TERRITORIO Y LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO HISTORICO Y  
DEL MEDIO AMBIENTE  
(ANÁLISIS DE LOS ARTS. 320, 322 Y 329 DEL CP)

Sumario.....	p. 5.
Abreviaturas.....	p. 19

**§ 1. Introducción.**

I. Consideraciones previas.....	p. 25.
II. Análisis de doce supuestos reales de responsabilidad penal de autoridades y funcionarios públicos en las materias objeto de estudio.....	p. 28.

**PRIMERA PARTE**

**BASES PARA LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS AUTORIDADES Y  
FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN LOS ÁMBITOS DE LA ORDENACIÓN DEL  
TERRITORIO, DEL PATRIMONIO HISTÓRICO Y DEL MEDIO AMBIENTE.**

**§ 2. Sustrato normativo para la responsabilidad penal de las autoridades y fun-  
cionarios públicos.**

I. Los principios normativos supranacionales de la Unión Europea relativos a la ordenación del territorio, patrimonio cultural y medio ambiente. Documentos comunitarios básicos jurídicos-penales.....	p. 54.
--	--------

II. El núcleo esencial de la Constitución española respecto a su repercusión en las incriminaciones específicas estudiadas.....	p. 57.
III. El principio de unidad del ordenamiento jurídico como criterio esencial interpretativo en los tipos penales objeto de estudio.....	p. 67.

### **§ 3. La responsabilidad funcional en el marco jurídico-penal.**

I. Los Poderes públicos y la genérica posición de garante de las Autoridades y Funcionarios públicos. Las garantías de protección y de control.....	p. 69.
II. La relevancia de la Ley 16/2002, de 1 de julio, sobre Prevención y Control Integrado de la Contaminación, en los tipos penales objeto de análisis.....	p. 72..
III. Consideraciones de Derecho comparado respecto a la responsabilidad funcional en los delitos contra la ordenación del territorio, protección del patrimonio histórico y el medio ambiente.....	p. 76.
A. Alemania.....	p. 77.
B. Italia.....	p. 79.
C. Francia.....	p. 81.
D. Rasgos comunes del sistema español y el Derecho comparado (Alemania, Italia y Francia).....	p. 84.

## **SEGUNDA PARTE**

### **LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO, EL PATRIMONIO HISTÓRICO Y MEDIO AMBIENTE COMO BIENES JURÍDICOS OBJETO DE PROTECCIÓN PENAL.**

Consideraciones previas.....	p. 89.
------------------------------	--------

#### **§. 4. Los bienes jurídicos penalmente protegidos relativos a la Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente y Recursos Naturales.**

I. Reflexiones acerca de la teoría del bien jurídico penalmente protegido y sobre los bienes jurídicos colectivos.	
A. Aproximación a la teoría del bien jurídico penalmente protegido.....	p. 90.
B. Los bienes jurídicos colectivos.....	p. 96.
II. La rúbrica del Título XVI del Libro II CP y su conexión con los Capítulos I, II y III del mismo.....	p. 101.
A. El Capítulo I del Tit. XVI “De los delitos sobre la ordenación del territorio”.....	p. 103.
B. El Capítulo II del Tit. XVI “De los delitos sobre el patrimonio histórico”.....	p. 105.
C. El Capítulo III del Tit. XVI “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”.....	p. 107.
III. La Ordenación del Territorio, el Patrimonio Histórico y el Medio Ambiente como materia de protección penal en el Tit. XVI.....	p. 109.
A) Vínculos y diferencias existentes entre la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y el medio ambiente. Necesidad de concreción de los mismos.....	p. 110.
B) Determinación de los presupuestos del bien jurídico-penal. ¿Cumplen estos tres bienes colectivos con tales requisitos?.....	p. 114.
IV. Los intereses protegidos en los arts. 320, 322 y 329 CP.....	p. 118.
A. El “correcto funcionamiento de la Administración pública” como bien protegido genérico en los delitos previstos en los arts. 320, 322 y 329 CP.....	p. 119.
B. El uso y aprovechamiento racional del suelo como bien jurídico específicamente protegido en el art. 320 CP.....	p. 123.
C. La preservación de sus valores y la función social de bienes	

histórico-culturales españoles como bien jurídico específicamente protegido en el art. 322 CP.....	p. 127.
D. El ambiente natural como realidad física y el mantenimiento del equilibrio ecológico como bien jurídico a protegerse específicamente en el art. 329 CP.....	p. 129.

## TERCERA PARTE

### LOS TIPOS PENALES RELATIVOS A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL TÍTULO XVI DEL LIBRO II DEL CÓDIGO PENAL.

Consideraciones previas.....	p. 139.
------------------------------	---------

#### **§. 5 Elaboración y concreción de los arts. 320, 322 y 329 del CP.**

I. Criterios políticos-criminales para la tipificación de las conductas objeto de estudio.....	p. 141.
A. La polémica sobre la tipificación específica de la responsabilidad penal de las Autoridades y Funcionarios públicos en las materias objeto de estudio.....	p. 144.
1. Necesidad de una tipificación específica respecto a los funcionarios públicos con competencias ambientales.....	p. 147.
2. La insuficiencia del delito de prevaricación administrativa respecto a los funcionarios públicos con competencias ambientales.....	p. 151.
B. Antecedentes prelegislativos, legislativos y la elaboración de los arts. 320, 322 y 329 CP.....	p. 153.
1.El Proyecto de Ley Orgánica de Código penal (PLOCP ) de 17 Enero 1980.....	p. 154.
2. La Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal de	



1983 (PANCP).....	p. 155.
3. Anteproyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1992 (ALOCP).....	p. 156.
4. Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1.992 (PLOCP '92).....	p. 158.
5. Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1994 (PLOCP '94).....	p. 159.
C. La Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código penal.....	p. 160.
D. Elaboración de los arts. 320, 322 y 329 CP de 1995.....	p. 162.
E. Valoración del proceso de elaboración legislativa de los arts. 320, 322 y 329 CP.....	p. 167.
 II. La configuración de los tipos penales .....	p. 169.
 A. Excurso: los delitos de peligro y leyes penales en blanco.....	p. 170.
1. El concepto de delitos de peligro en el Derecho penal.....	p. 171.
2. Sobre las leyes penales en blanco.....	p. 173.
B. Técnica legislativa empleada en los arts. 320, 322 y 329 CP penal en cuanto al riesgo de la conducta: diversas posiciones doctrinales sobre la naturaleza de los delitos previstos en estos preceptos.....	p. 174.
1. Los artículos 320, 322 y 329 CP como delitos de peligro hipotético y de peligro abstracto puros. (Gómez Tomillo).....	p. 175.
2. Los artículos 320, 322 y 329 CP como delitos exclusivamente de peligro hipotético. (Sierra López).....	p. 177.
3. Los artículos 320, 322 y 329 CP como delitos obstáculo “sui generis“. (Cuesta Pastor).....	p. 179.
4. Los artículos 320, 322 y 329 CP como delitos “lesivos”. (De la Mata Barranco).....	p. 183.
5. Toma de postura.....	p. 185.

C. La exigencia constitucional de taxatividad y su compatibilidad con la técnica de ley penal en blanco utilizada en los arts. 320, 322 y 329 CP.....	p. 191.
III. El contenido del injusto en los arts. 320, 322 y 329 CP. Relación entre la peligrosidad de la acción y los bienes jurídicos protegidos.....	p. 198.
IV. Recapitulación.....	p. 201.

## **§. 6. Análisis de los arts. 320, 322 y 329 CP.**

Introducción.....	p. 203.
I. El tipo objetivo de los arts. 320, 322 y 329 CP.....	p. 204.
A. Cuestiones comunes en los tipos objetivos referidos.....	p. 205.
1. Consideraciones previas en cuanto a los sujetos de los delitos analizados.....	p. 211.
2. Especial referencia al sujeto activo (autoridades y funcionario público).....	p. 213.
2.1 La función pública como elemento distintivo de los arts. 320, 322 y 329 CP.....	p. 216.
2.2 Concepto de Autoridad. Requisitos. (Art. 24-1 CP).....	p. 221.
2.3 Concepto de Funcionario público. (art. 24-2 CP).....	p. 224.
2.3.1 Análisis de los elementos normativos del funcionario público.....	p. 227.
2.3.2 Nuevas formas y supuestos polémicos de <i>funcionarios</i> .....	p. 230.
2.3.3 Los miembros de los Colegios profesionales y su posible actividad como función pública.....	p. 236.
2.3.4 La actividad privada del funcionario público o autoridad en materias relacionadas con la ordenación del territorio, el patrimonio histórico o el medio ambiente.....	p. 239.

2.3.5 Las posturas <i>de lege ferenda</i> de Valieje Álvarez y Rebollo Vargas respecto a la determinación de las autoridades y funcionarios públicos como sujetos activos.....	p. 241.
2.4 Delimitación de los sujetos activos en los arts. 320, 322 y 329 CP. La distinta posición de su responsabilidad por motivos de su competencia.....	p. 244.
2.5 Toma de postura en relación a las autoridades y funcionarios públicos.....	p. 252.
2.6 Sobre el sujeto pasivo en los delitos de los arts. 320, 322 y 329 CP.....	p. 253.
3. La injusticia y/o ilegalidad del acto o resolución y la supresión del término “arbitrario” como elementos objetivos de los arts. 320, 322 y 329 CP.	
3.1 Problemática.....	p. 256.
3.2 Diferentes posiciones doctrinales respecto al elemento típico de la injusticia.....	p. 258.
3.3 Toma de postura respecto al elemento típico de la <i>injusticia</i> .....	p. 262.
3.4 La conexión entre la injusticia-arbitrariedad-ilegalidad (manifiesta) en los arts. 320, 322 y 329 CP.....	p. 264.
4. El “informe favorable” como primera conducta típica de los delitos analizados.....	p. 267.
4.1 Concepto y naturaleza del informe. El sujeto del informe y su carácter favorable.....	p. 269.
4.2 Contenido de la conducta típica informante y la diversificación de los informe (vinculantes, no vinculantes, preceptivos, no preceptivos/facultativos, informes orales, por adhesión etc.).....	p. 273.
4.3 El “informe a favor” <i>versus</i> “visado”. Su naturaleza jurídica.....	p. 276.
4.4 La problemática de las Evaluaciones de Impacto Ambiental (EIA) y las Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA) en los delitos objeto de estudio. Su naturaleza jurídica.....	p. 280.
4.5 Alcance y delimitación del “informe favorable” en estos delitos.....	p. 285.

4.5.1 El informe a favor como elemento típico autónomo.....	p. 286.
4.5.2 El informe a favor como elemento típico vinculado a la concesión de las licencias.....	p.289.
4.5.3 Posición intermedia en relación al nexo informe/concesión licencia.....	p. 291.
4.5.4 Toma de postura.....	p. 293.
5. Concepto y consideraciones generales sobre las “licencias” .....	p. 295.
5.1 Alcance de las licencias típicas.....	p. 297.
5.2 La problemática de las licencias viciadas por nulidad o anulables a los efectos del apartado 2º. de los arts. 320, 322 y 329 CP.....	p. 301.
5.3 La cuestión del otorgamiento de la licencia por silencio administrativo positivo a los efectos de los tipos analizados.....	p. 302.
6. La referencia a la prevaricación común (art. 404 CP).....	p. 310.
6.1 La tesis de la “prevaricación específica”. El concepto de prevaricación.....	p. 311.
6.2 Referencia a los efectos de determinación de la pena.....	p. 313.
6.3 Toma de postura respecto a la referencia del art. 404 CP en los delitos de los arts. 320, 322 y 329 CP.....	p. 314.
7. La problemática de las conductas funcionariales omisivas en las materias delictivas objeto del presente análisis. Planteamiento.....	p. 317.
7.1 En cuanto a la emisión de informes injustos por omisión. Repercusión del art. 9 nº. 1.3º. del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales (RSCL) en los tipos penales objeto de estudio.....	p. 319.
7.2 En cuanto a la conducta omisiva <i>injusta</i> de la autoridad o funcionario que afecta a la ordenación del territorio, al patrimonio histórico y al medio ambiente.....	p. 322.
8. Las conductas típicas del apartado segundo de los arts. 320, 322 y 329 CP. ....	p. 327.
8.1 Resolver por si mismo (órgano unipersonal).....	p. 331.
8.2 La votación a favor de la concesión como miembro de un órgano colegiado. Planteamiento de la cuestión.....	p. 333.

8.2.1 Alcance de la votación respecto de la concesión de la licencia. El problema causal y las diferentes posturas doctrinales. ....	p. 335.
8.2.1.1. La cuestión procedimental en el “voto a favor”.....	p. 336.
8.2.1.2. La problemática del “voto a favor” como conducta típica autónoma.....	p. 342.
8.2.1.3. Toma de postura y crítica respecto a la conducta típica del “voto a favor”.....	p. 347.
8.2.2. Variantes a la votación a favor.....	p. 352.
8.2.2.1. La abstención de la autoridad o funcionario a los efectos de los delitos analizados.....	p. 353.
8.2.2.2 El asentimiento en el órgano colegiado a los efectos de los delitos analizados.....	p. 356.
8.2.2.3 La ausencia en la votación de la autoridad o funcionario a los efectos de los delitos analizados....	p. 358.
8.2.2.4 El Voto en contra, nulo o en blanco y el voto secreto de la autoridad o funcionario a los efectos de los delitos analizados.....	p. 359.
9. Recapitulación.....	p. 361.

## B. Cuestiones específicas en los tipos objetivos referidos.

1. Introducción.....	p. 370.
2. Elementos objetivos específicos del delito del art. 320 CP.....	p. 371.
2.1 ¿Necesidad de vincularlo con el tipo básico del art. 319 CP?.....	p. 373.
2.2 Los informes sobre proyectos de edificación o la concesión de licencias (ilegales) del art. 320.1 CP. Su concreción y determinación.....	p. 376.
2.2.1. El concepto de edificación <i>versus</i> construcción. Su carácter permanente.....	p. 379.
2.2.2 La problemática de las parcelaciones y las urbanizaciones ilegales respecto al art. 320 CP.....	p. 381.

2.3 La “contrariedad a las normas urbanísticas vigentes“ del art. 320 CP.....	p. 384.
2.3.1 Delimitación del término <i>urbanismo</i> frente al de <i>ordenación del territorio</i> .....	p. 386.
2.3.2 Concreción y alcance del elemento típico “normas urbanísticas vigentes“ del art. 320 CP.....	p. 387.
2.4 La gravedad de la infracción en el delito del art. 320 CP.....	p. 394.
2.5 La problemática jurídico-penal de la aprobación o modificación arbitraria de los planes urbanísticos (las “recalificaciones ilícitas” del suelo).....	p. 396.
3. Elementos objetivos específicos del delito del art. 322 CP.....	p. 399.
3.1 Las conexiones o vínculos del delito funcional (art. 322 CP) con el tipo básico del art. 321 CP.....	p. 401.
3.2 Análisis del elemento típico “los proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos“ del art. 322 CP. ....	p. 403.
3.2.1. El derribo proyectado e informado favorable e ilegalmente por la autoridad o funcionario público (de los edificios singularmente protegidos) como elemento objetivo del art. 322 CP. Los expedientes de ruina.....	p. 405.
3.2.2. La alteración proyectada e informada ilegal y favora- blemente por la autoridad o funcionario público (de los edificios singularmente protegidos) como elemento típico del art. 322 CP.....	p. 408.
3.2.3. La singularidad y el concepto de “edificios” como elementos típicos del art. 322 CP.....	p. 409.
3.3 La gravedad de la infracción en el tipo penal del art. 322 CP.....	p. 414.
4. Elementos objetivos específicos del delito del art. 329 CP.....	p. 415.
4.1 Determinación del elemento típico “funcionamiento de las industrias y actividades contaminantes”.....	p. 415.
4.2 La referencia a <i>los artículos anteriores</i> del art. 329 CP.....	p. 417.
4.3 El silenciamento de las infracciones de Leyes o disposiciones	

normativas de carácter general que las regulan por parte de las autoridades o funcionarios acontecidas con motivo de sus inspecciones del art. 329 CP.....	p. 419.
5. El nexo de unión entre los apartados 1 y 2 de los arts. 320, 322 y 329 CP.....	p. 427.
6. Recapitulación.....	p. 431.
 II. El tipo subjetivo de los arts. 320, 322 y 329 CP.....	p. 437.
 1.El concepto “a sabiendas“.....	p. 438.
2.Problemática entre la conexión entre el elemento subjetivo (a sabiendas) y el objetivo (la injusticia).....	p. 442.
3.La forma dolosa en los artículos 320, 322 y 329 CP.....	p. 446.
3.1 El dolo directo (de primer y segundo grado) en los delitos estudiados.....	p. 448.
3.2 El dolo eventual en los arts. 320, 322 y 329 CP.....	p. 450.
3.2.1. Posiciones favorables a la apreciación de la concurrencia del dolo eventual.....	p. 451.
3.2.2. Posiciones contrarias a la aceptación del dolo eventual.....	p. 454.
3.2.3. Toma de posición.....	p. 456.
4. La forma imprudente en las responsabilidades funcionariales relativas a la Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente.....	p. 458.

### **§. 7 *Iter criminis* de los arts. 320, 322 y 329 CP.**

I. Consideraciones previas.....	p. 461.
II. La consumación en tales delitos (arts. 320, 322 y 329 CP).....	p. 465.
III. La tentativa en los delitos referidos.....	p. 474.

### **§. 8 Las consecuencias jurídicas estipuladas en los arts. 320, 322 y 329 CP.**

I. Consideraciones generales.....	p. 477.
-----------------------------------	---------

II. La problemática de la “inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años” (art. 404 CP) como primera de las penas establecidas en los arts. 320, 322 y 329 CP.....	p. 480.
III. Las diferentes penas de prisión establecidas en los arts. 320, 322 y 329 CP (con carácter alternativo a la pena de multa).....	p. 483.
IV. Las distintas penas de multa establecidas en los arts. 320, 322 y 329 CP (como alternativa a la pena de prisión).....	p. 485.
V. La similitud penológica en los apartados uno y dos de los tipos penales estudiados.....	p. 488.
VI. Valoración final de las penas establecidas en los arts. 320, 322 y 329 CP.....	p. 490.

## **§. 9 La cuestión concursal en estas responsabilidades funcionariales específicas.**

I .	Introducción a esta problemática concursal.....	p. 492.
II.	Previsibles concursos de leyes en este tipo de responsabilidades funcionariales.....	p. 494.
III.	Análisis de la relación entre las conductas específicas objeto de estudio (arts. 320, 322 y 329 CP) y los tipos básicos (arts. 319, 321, 325.1 y 328 CP).....	p. 495.
A.	Análisis de la relación entre los arts. 320, 322 y 329 CP y el art. 404 CP.....	p. 503.
B.	El concurso ideal de delitos entre los arts. 319, 321, 325.1 y 328 CP y el art. 404 CP como forma de responsabilidad penal de autoridades y funcionarios públicos con competencias en ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente.....	p. 506.
IV.	Recapitulación.....	p. 508.

## **§.10 Significado, alcance y ubicación sistemática de las disposiciones comunes del Capítulo V del Título XVI CP.**

I. Introducción.....	p. 509.
----------------------	---------



II. La Cláusula del art. 338 CP.....	p. 510.
III. La Cláusula del art. 339 CP.....	p. 512.
IV. La Cláusula del art. 340 CP.....	p. 513.

## **CONCLUSIONES FINALES Y VALORACIÓN DE LOS**

<b>ARTÍCULOS 320, 322 Y 329 CP.....</b>	<b>p. 517.</b>
---	----------------

<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>p. 537.</b>
--------------------------	----------------



## ABREVIATURAS

§.....	Parágrafo.
VVAA.....	varios autores.
ACP.....	Anterior Código penal (CP 1973).
ADPCP.....	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
AJ.....	Actualidad Jurídica Aranzadi.
AP.....	Audiencia Provincial.
AP (S).....	Apartado (s).
APen.....	Actualidad Penal.
ARP.....	Aranzadi repertorio jurisprudencia Audiencias Provinciales
art.(s).....	artículo (s).
AT.....	Allgemeiner Teil (Parte General).
ATS.....	Auto del Tribunal Supremo español.
BIC.....	Bien de Interés Cultural.
BO.....	Boletín oficial.
BOE.....	Boletín oficial del Estado.
Capít.....	Capítulo.
CC.....	Código Civil.
CCAA.....	Comunidad autónoma.
CDJ.....	Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial.
CEDH.....	Convención europea para la protección de los derechos humanos y de la libertades fundamentales.
CE.....	Constitución española.
cfr.....	confrontar.
CGAE.....	Consejo General de la Abogacía española.
CGPJ.....	Consejo General del Poder Judicial.
cit (s).....	citado (s).
ComCP.....	Comentarios Código penal.
CP.....	Código penal.
CPA.....	Código penal derogado.
CPit.....	Código Penal italiano.
CPC.....	Cuadernos de Política Criminal.
DA.....	Documentación Administrativa.
DIA.....	Declaración de Impacto Ambiental.
DJ.....	Documentación Jurídica.
DP.....	Derecho penal.
ECAs.....	Entidades Colaboradoras de la Administración.
ed.....	edición, editor, editado, editorial.
EDJ.....	El Derecho Repertorio de Jurisprudencia.
EIA.....	Evaluación de Impacto Ambiental.
EPB.....	Enciclopedia Penal Básica.
EPC.....	Estudios Penales y Criminológicos.
EsIA.....	Estudio de Impacto Ambiental.
<i>et alt.</i> .....	<i>et alteri</i> ( y otros ).
FGE.....	Fiscalía General del Estado.
FJ.....	Fundamento Jurídico.
ibidem.....	en el mismo lugar.
infra.....	abajo.

IPPC.....	Integrated Prevention Polution Control.
IVAP.....	Instituto Vasco de Administración Pública.
LL.....	Revista jurídica española La Ley.
LECrim.....	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LH.....	Libro-Homenaje.
LO.....	Ley Orgánica.
LOPJ.....	Ley Orgánica del Poder Judicial.
LPHE.....	ley patrimonio histórico español.
LRL.....	Ley de Régimen Local.
LRJAPyPAC.....	Ley Régimen Jurídico Administración Pública y Procedi- miento Administrativo Común.
OM.....	Orden Ministerial.
n.....	nota.
NCP.....	Nuevo Código penal.
nm.....	numero marginal.
NNSS.....	Normas Subsidiarias.
NPP.....	Nuevo Pensamiento Penal.
<i>ob. ult. cit.</i> .....	obra última citada.
p, pp.....	página (s).
PANCP.....	Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal 1983.
párr.....	párrafo.
Passim.....	En toda la obra.
PCP.....	Proyecto de Código penal.
PE.....	Parte Especial.
PG.....	Parte General.
PGOU.....	Plan General de Ordenación Urbana.
PJ.....	Poder Judicial.
RAE.....	Real Academia española de la Lengua.
RAMNIP.....	Reglamento de actividades molestas, nocivas, insalubres y peligrosas (reglamento de actividades clasificadas, actual- mente derogado).
RAP.....	Revista de Administración pública.
RCEC.....	Revista del Centro de Estudios Constitucionales.
RDC.....	Revista de derecho de la circulación.
RDFAE.....	Reglamento Disciplinario de los Funcionarios de la Admi- nistración del Estado.
RD.....	Real Decreto.
RDL.....	Real Decreto Legislativo.
RDU.....	Reglamento de Disciplina Urbanística.
RDyPP.....	Revista Derecho y Proceso penal.
RDPPyP.....	Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario.
RDPCr.....	Revista de Derecho penal y Criminología.
RDUyMA.....	Revista Derecho Urbanístico y Medio Ambiente.
RECPC.....	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.
REDA.....	Revista española de Derecho Administrativo.
RFDUCM.....	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Com- plutense de Madrid.
RJA.....	Repertorio Jurisprudencia Aranzadi.

ROF.....	Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales.
RP.....	Revista penal Aranzadi.
RPJ.....	Revista Poder Judicial.
RPU.....	Reglamento de Planeamiento Urbanístico.
RSCL.....	Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales
S (S).....	Sentencia (S).
SAP.....	Sentencia de la Audiencia Provincial.
STC.....	Sentencia del Tribunal Constitucional.
StGB.....	Strafgesetzbuch (Código penal de la República de Alemania).
STS.....	Sentencia del Tribunal Supremo español (Sala 2ª).
supra.....	arriba..
t.....	Tomo.
TC.....	Tribunal constitucional.
Tít.....	Título.
TJCE.....	Tribunal del Justicia de las Comunidades Europeas.
trad.....	traducción, traductor.
TRLRSOU.....	Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.
TRLS.....	Texto refundido Ley del Suelo.
TS.....	Tribunal Supremo.
TUE.....	Tratado de la Unión Europea.
vid.....	véase.
vol.....	volumen.



## **§ 1. INTRODUCCIÓN.**





## I. Consideraciones previas.

Se ha dicho por algún autor<sup>1</sup> que el Derecho penal ambiental ha creado falsas expectativas y que sus propósitos son nobles pero sus efectos dudosos. Se trataría de un arma sin municiones o un “tigre de papel” que lejos de tener un carácter instrumental lo tendría simbólico. En este sentido la tipificación de los delitos ambientales entraría de lleno en lo que se ha venido llamando la expansión del Derecho Penal. Con tal fenómeno se aludiría, entre otras cosas, a la ausencia de la lesividad en las nuevas figuras tipificadas en donde no se estaría persiguiendo la eficacia sino sólo la apariencia de eficacia con el objetivo de alcanzar una ficticia paz social: el legislador crea normas orientadas exclusivamente a buscar un determinado efecto de pacificación de la sociedad, sabiendo que no se satisfarán<sup>2</sup>.

Pese a la existencia de los marcos legales supranacionales y de las Constituciones posmodernas, en que se conceden el máximo nivel de protección al llamado medio ambiente (en sentido amplio), es cierto que la destrucción del mismo es progresiva y ello es percibido en la actualidad en todas las partes del mundo. Por esto ha resultado inevitable que el Derecho penal haya tenido que intervenir en esta materia. Sin embargo, hay que ser plenamente consciente de que esta rama del ordenamiento jurídico no puede convertirse en la panacea que resuelva el deterioro ambiental pues no es esa su misión<sup>3</sup>.

En nuestro país esta intervención del Derecho penal, como *ultima ratio* y con su carácter fragmentario, quedó justificada ante la gravedad de las conductas tipificadas en los delitos ambientales del Título XVI del Libro II del CP de 1.995 cuando el

---

<sup>1</sup> PAUL, *Megacriminalidad ecológica*, cit., en Pena y Estado n°. 1, 1991, p. 113.

<sup>2</sup> En este sentido Vid. HASSEMER, *Persona Mundo y responsabilidad*, cit., p. 35; y, el mismo, *DP simbólico y protección de bienes jurídicos*, en Pena y Estado. n°. 1, p. 30; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, 2ª. ed. 2001, p. 21 y ss.

<sup>3</sup> Como ha expuesto RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Limitaciones del Derecho penal del medio ambiente: alternativas politico-criminales*, en A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro, 2005, cit., p.162, las normas penales no pretenden mejorar sin más la situación ecológica ni reducir sin más los agentes contaminantes, sino que, en el marco de una compleja estrategia de la que sólo forman una pequeña parte, pretenden prevenir comportamientos que atenten contra el medio ambiente de un modo ilícito y que además sean muy graves.

legislador penal en su Exposición de Motivos declara que: "...se ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, tal es el caso de la nueva regulación de los delitos relativos a la ordenación del territorio y de los recursos naturales...". No podía ser de otra forma dado el menoscabo -constatado- que sufre nuestro entorno y el uso tan irracional y especulativo que se está haciendo del suelo en España. Por otra parte, el mandato constitucional de tutela penal especificado en el art. 45.3 CE justifica igualmente esta intervención.

La presente investigación va dirigida a las formas en que deberán de responder penalmente las personas que, habiéndoles encomendado la vigilancia y conservación del medio ambiente, la ordenación del territorio y el patrimonio histórico, permiten o consienten -por acción u omisión- ilegalmente su menoscabo. En este contexto será preciso aludir a la existencia de los arts. 320, 322 y 329 CP en donde se tipifican conductas ilegales realizadas por autoridades y funcionarios públicos de una enorme gravedad. Por tanto, esta tesis tiene como objeto de estudio los tipos específicos señalados.

Sin embargo, de una simple lectura de los delitos aludidos se observa la concurrencia de una serie de cuestiones contempladas en la Parte General del Derecho penal que están bajo permanente debate doctrinal. En efecto, subyacen en los delitos que se estudiarán la temática del contenido y alcance de la teoría del bien jurídico (en este caso colectivos y pluriofensivo), la problemática de los delitos de peligro abstracto con la típica anticipación en cuanto a su tutela penal, la accesoriedad administrativa, la cuestión de la conducta omisiva, los acuerdos de los órganos colegiados, el aspecto subjetivo del conocimiento del dolo por parte de los funcionarios etc. Desde luego sobre todos estos aspectos, en cuanto a sus debates doctrinales se refiere, sería completamente imposible entrar por lo inabarcable que sería el estudio. Al respecto hay que indicar que, al iniciarse el análisis de estos delitos funcionariales, se ha tomado como referencia y punto de partida, en esas cuestiones aludidas, una serie de posicionamientos doctrinales, en buen grado asentados, con independencia de la permanente discusión existente con otras posturas dogmáticas existentes.

A su vez quedaría incompleto profundizar en estos tres tipos penales (núcleo esencial de este trabajo) sin hacer referencia con anterioridad al contexto o bases en los que se fundamentó el legislador para decidirse a tipificar de forma concreta estas responsabilidades de los servidores del Estado. Concretamente es preciso hacer una referencia mínima respecto a los principios normativos de nuestro texto constitucional en donde se da una relevancia muy significativa a las cuestiones del medio ambiente, del suelo y del patrimonio cultural con la finalidad de que la persona, como ciudadano, pueda desarrollarse y asegurarse una digna calidad de vida. Igualmente la comprensión de lo que debe entenderse por poderes públicos, función pública etc. era esencial dentro de un trabajo como el presente, máxime considerando la importancia vital que tiene la actuación de la Administración Pública, que es la que tiene que dirigir y controlar las actividades que pudiéramos denominar *ambientales*.

Asimismo sería difícil comprender los tipos penales objeto de la investigación si previamente no se analizaran -aunque fuese someramente- la concepción de lo que debe entenderse por “ordenación del territorio”, “patrimonio histórico” y “recursos naturales y medio ambiente” recogidos en el Título XVI del Libro II del CP como bienes supraindividuales tendentes a protegerse penalmente, siendo este el motivo de la segunda parte del trabajo.

Por eso precisamente, en cuanto a la sistemática de este trabajo, se ha considerado fundamental ir de lo más general a lo particular. Así, hay una primera parte referida al sustrato normativo que puede tener incidencia en la materia objeto de estudio -partiendo también de la base de que nuestra CE debe impregnar todo nuestro sistema jurídico- y en la que también se hace referencia a la “posición” de los funcionarios públicos (*ambientales*); una segunda parte relativa a los bienes jurídicos afectados que pretenden ser protegidos en tales delitos; y finalmente la tercera parte, que supone el núcleo esencial de esta investigación, pues es donde minuciosamente se analizan los arts. 320, 322 y 329 CP o lo que es lo mismo la responsabilidad penal de las autoridades y funcionarios públicos en los ámbitos de la ordenación del territorio, del patrimonio histórico y del medio ambiente.

También hay que advertir otra cuestión de vital importancia y es que para que se produzca un resultado satisfactorio de este tipo de responsabilidades penales funcionariales es esencial que la normativa administrativa se desarrolle correctamente y dentro de los parámetros que establece nuestro ordenamiento jurídico. Por el contra-

rio, la formulación interesada y abusiva de acuerdos, disposiciones, planes etc. por parte de corporaciones locales u otros entes que forman parte de la Administración del Estado (piénsese en recalificaciones ilícitas previas, modificaciones con apariencia de legalidad de planes generales de ordenación urbana, cesiones o convenios urbanísticos etc.) cortan completamente el camino de la aplicación de los arts. 319 y 320 CP con la consiguiente afectación que se puede producir para el medio ambiente o el patrimonio histórico.

Los ya casi tres lustros de vigencia del texto punitivo de 1.995 requiere un análisis de este tipo de responsabilidades funcionariales máxime cuando en este periodo es cada vez mayor el número de alcaldes, concejales o funcionarios *ambientales* que están imputados por estos tipos específicos, muchos de ellos con condenas firmes<sup>4</sup>.

## **II. Análisis de doce supuestos reales de responsabilidad penal de autoridades y funcionarios públicos en las materias objeto de estudio.**

Una de las mejores formas de presentar los problemas que subyacen en la responsabilidad penal de las autoridades y funcionarios públicos, en las tres primeras materias a las que se refiere el Ti. XVI (del Libro II), la podemos encontrar en la descripción de una serie de casos reales acontecidos en la vida judicial española precisamente posteriores a la entrada en vigor del CP de 1995, en los cuales, por tanto, se han aplicado las normas penales existentes en el mismo.

---

<sup>4</sup> A título de ejemplo se puede indicar que la Memoria de 2008 de la FGE reconocía que en el año 2006 se dictaron 295 sentencias condenatorias (a falta de los datos de Guadalajara, Baleares, Toledo y Lleida), de las que 141 lo fueron por delitos sobre la ordenación del territorio y urbanismo. A este número de sentencias habría que añadir las 7 sentencias condenatorias dictadas por el Tribunal Supremo en medio ambiente, de las que 2 lo fueron por delitos de ordenación del territorio. En el año 2007 se tiene constancia de 407 sentencias condenatorias en la materia (sin datos de Lleida, Guadalajara y Zaragoza). De estas sentencias 190 lo fueron por delitos sobre la ordenación del territorio y urbanismo y 82 sentencias lo fueron por el delito de incendio forestal. A estas cifras habría que añadir igualmente las 7 sentencias de condena en medio ambiente dictadas por el Tribunal Supremo, sin que exista constancia de sentencias de condena en ordenación del territorio dictadas por el Alto Tribunal. Vid p. 588.

Esta relación se efectuará sintetizándose lo más posible el supuesto de hecho, limitado obviamente a las cuestiones interesadas, incorporándose una pequeña referencia a la sentencia dictada por el Tribunal en cuestión en cada caso concreto, debiéndose señalar que ha sido en el campo del patrimonio cultural en donde se han encontrado más dificultades, debido a los escasísimos fallos judiciales que hasta el momento se han producido, por las pocas causas abiertas al respecto.

Por el contrario, son ya abundantes las resoluciones penales que se han ido emitiendo, especialmente en los últimos seis años, respecto a los empleados públicos en relación al medio ambiente y especialmente a la ordenación del territorio.

En este análisis se comprobará que las cuestiones resueltas por los tribunales serán en buena medida el núcleo central del presente trabajo.

Contrariamente a lo que aconteció al principio, el asentamiento de estos delitos en el actual Código Penal ha tenido sus consecuencias y hoy en día contamos ya con un relevante cuerpo jurisprudencial sobre la materia.

#### 1) Caso del Arquitecto municipal del Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial<sup>5</sup>.

Una empresa privada solicita a la citada Corporación licencia para construir en un solar 18 viviendas cuando según las normas subsidiarias de ese municipio tan sólo se podrían construir 9 viviendas. Pese a esto el arquitecto municipal, funcionario público de ese ayuntamiento, informa la licencia en el sentido de “hacer constar que podía concederse la licencia de obra mayor que se solicitaba para 18 viviendas y garajes, al cumplir el proyecto básico presentado la normativa zona 2 grado 2 de las normas subsidiarias aplicable al emplazamiento de la obra”. En base a ese informe el 29 de enero de 1998 la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de El Escorial concede licencia por unanimidad a la empresa privada para construir las citadas 18 viviendas.

Con posterioridad, el ayuntamiento tiene conocimiento de la citada irregularidad por la queja formulada por la ex propietaria del solar, articulada a través de los correspondientes recursos administrativos. Con motivo de esto, la comisión de Gobierno del ayuntamiento revisa la licencia, acordando el 19 nov. 1999 requerir a la em-

---

<sup>5</sup> Resuelto por SAP Madrid, Sección 6ª. nº. 297/2005, de 7-6-2005.

presa constructora para que aportara nuevo proyecto básico modificado, al efecto de otorgar nueva licencia exclusivamente para las 9 viviendas, como así sucedió finalmente.

El Tribunal absuelve al alcalde y demás concejales de la Comisión de Gobierno teniendo en cuenta la ausencia del elemento subjetivo, condenando al arquitecto municipal en base al art. 320.1 del CP, y en su condición de funcionario, por el informe ilegal realizado, a la pena de un año de prisión y a otra pena de ocho años de inhabilitación para empleo o cargo público (aparte de la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena).

## 2) Caso de las votaciones de las licencias en los Plenos del Ayuntamiento de Palacios de Sanabria<sup>6</sup>

Tanto el Alcalde como dos Concejales del Ayuntamiento de Palacios de Sanabria -acusados- solicitan una serie de licencias a la Corporación para asuntos propios (tales como construcción de garaje, obras medianas, alicatados etc.). Todas estas licencias son tramitadas al amparo de la Ordenanza Municipal relativa a Tasas por Licencias Urbanísticas (Ley 39/1988), las cuales son finalmente concedidas mediante acuerdos del Pleno de la Corporación, con lo que las autoridades mencionadas pudieron llevar a cabo las obras pretendidas.

La Audiencia Provincial de Zamora absuelve a los acusados del delito que venían siendo imputados (art. 404 CP) en tanto en cuanto que no concurre el elemento objetivo de “dictarse resolución” ya que en los “respectivos Plenos en los que se concedieron las licencias a las que se ha hecho referencia, en las actas levantadas al efecto, no existe constancia alguna de que los acusados se hubieran abstenido al momento de emitir el voto en aquellos temas en los que eran parte interesada, pero sin que en los mismos se hubiera hecho advertencia alguna, ni con respecto a las votaciones, ni con relación a las licencias concedidas por parte de los Secretarios de la Administración Local actuante”. El Tribunal Supremo (que ni siquiera entra a analizar el elemento de la *injusticia* de la resolución) ratifica la sentencia de instancia (rechazándose por tanto el recurso de casación) aunque criticando severamente

---

<sup>6</sup> SAP Zamora 30-4-1999 y STS 25-9-2001 (EDJ 2001/31950).

la narración de hechos probados realizada por la Audiencia cuando afirma: la intervención de los acusados en la adopción por el Pleno Municipal de las resoluciones que a cada uno de ellos les interesaba, no ha quedado lo suficientemente determinada en la sentencia que se recurre, pues la simple lectura de la misma basta para comprobar las dudas e incógnitas que afloran al respecto a partir de unos datos fácticos confusos e indeterminados cuando no abiertamente discrepantes y contradictorios. Porque, si por un lado se dice en el *factum* que “en las actas de los Plenos levantadas al efecto no existe constancia alguna de que los acusados se hubieran abstenido al momento de emitir el voto en aquellos temas en los que eran parte interesada.....”, por otro lado, se recoge en la fundamentación jurídica de la sentencia, con evidente naturaleza fáctica que “...en relación al modo en que se producían las votaciones de las que no consta la abstención de los implicados, y sí por el contrario **la unanimidad de los restantes**”, lo que parece dar a entender que en esa unanimidad de los restantes ediles, en la que se fundamenta la resolución municipal, no participaron los implicados, pero que, en todo caso, introduce un grado de confusión lo suficientemente relevante y perturbador acerca de la efectiva y real participación de los acusados en las resoluciones, máxime cuando la sentencia subraya los testimonios de los Secretarios Municipales y destaca sobre este extremo que “.....en el acto de votar, los afectados, sin salir de la Sala como hubiera sido pertinente se limitaron a *callar*.....”.

3) Caso del conjunto histórico artístico de Alceda (Corvera de Toranzo en Cantabria)<sup>7</sup>.

Por Decreto 34/1985, de 29 de marzo, publicado en el B.O. de Cantabria num. 62 de 19 de abril de 1985, se declaró conjunto histórico el lugar de Alceda según delimitación perimetral que se publicó como anexo de la disposición.

El acusado, Alcalde de Corvera de Toranzo, perfectamente conocedor de esa calificación así como de su delimitación, propuso en el Pleno de la Corporación de 13 de agosto de 1991 la adopción de un acuerdo para iniciar los trámites tendentes a modificar la calificación del conjunto-histórico en atención a los inconvenientes que suponía para los habitantes del pueblo que desearan construir en esa zona.

---

<sup>7</sup> SAP Cantabria Sección 2ª. 29-10-2002 (EDJ 2002/69241) y STS 25-5-2004 (EDJ 2004/51866).

Durante el segundo semestre de 1996, un constructor, y acusado, adquirió una finca en la que existía una casa montañesa de construcción antigua, todo ello enclavado dentro del perímetro del conjunto histórico, lo cual conocía perfectamente. Su finalidad era derribar la casa antigua y levantar en la finca al menos 24 viviendas para su posterior venta.

Con la finalidad descrita, el constructor solicitó el 15 de enero de 1997 una licencia para el movimiento de tierras, licencia que le fue concedida por el alcalde e igualmente acusado (que sabía que se iba a derribar la antigua construcción), ello a pesar que la Secretaria del Ayuntamiento le indicó que era preciso un previo informe técnico.

A finales de enero de 1997, en la realización de las obras ejecutadas por orden del constructor para la edificación de 24 viviendas, se derribó la casa previamente adquirida.

La Audiencia Provincial de Cantabria condenó al Sr. Alcalde por un delito del art. 322.2 CP a la pena de 15 meses de prisión y 9 años de inhabilitación para el cargo de alcalde-concejal u otro cargo electo. Por su parte condenó al constructor por el delito tipificado en el art. 321.1 CP, imponiéndole las penas de 15 meses de prisión, 18 meses de multa con cuota diaria de 15 € y cuatro años de inhabilitación para la profesión de promotor, constructor y contratista.

Por su parte el Tribunal Supremo, en una muy discutible sentencia, casa la sentencia de instancia absolviendo al constructor del delito del art. 321.1 CP en base a que la casa antigua derribada, de forma individual, no estaba singularmente protegida, sino que lo amparado era el “conjunto histórico”. Respecto al Alcalde, le absuelve del delito del art. 322.2 CP aunque se le condena vía al art. 404 CP. Considera el Supremo que el elemento “su concesión” va dirigido a “la autorización para proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos” del art. 322.1 CP, el cual a su vez vincula al art. 321.1 CP, siendo por tanto necesario que la singular protección radique en su interés histórico, artístico, cultural o monumental. Al no ser el edificio que se destruyó por orden del constructor un edificio singularmente protegido, tampoco cabe considerar tal elemento típico respecto a la conducta del al-



calde vía delito del 322.2 CP, aunque sí concurren respecto a tal autoridad todos los requisitos del 404 CP.

4) Caso medio-ambiental de El Marjal de La Sabor (Valencia)<sup>8</sup>. El acusado D. Ismael, que en 1995 ocupaba un cargo público de Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Xeresa (Valencia), tuvo conocimiento de los vertidos de escombros y otros productos que se realizaban en unas parcelas situadas en polígonos 3 y 7 de ese término, comprendidos en la Marjal de La Sabor. Este suelo estaba clasificado como “no urbanizable protegido, marjalería B”. A fin de poder controlar los vertidos, previa petición de los propietarios o cultivadores, D. Ismael, en nombre del Ayuntamiento, pues aparecía el sello de éste y su firma, autorizó a efectuar almacenamientos de escombros en tal parcela procedentes de obras por un periodo de tiempo. Esta autorización no amparaba residuos tales como vidrios, plásticos, neumáticos, chatarra, baterías o cualquier producto considerado tóxico o peligroso para el medio. Concretamente desde el año 1995 al 13 de mayo de 1998 se otorgaron unas 43 autorizaciones. Durante esos años se vertieron en las parcelas escombros procedentes de la construcción, así como envases de plástico, productos fitosanitarios, arenas etc. Esos depósitos se realizaron no sólo sobre la superficie firme de las parcelas, sino también sobre una suerte de balsas anejas a algunas parcelas, la mayoría con cultivos de naranjos en producción, formadas por la extracción de tierras que se aprovechaban para elevar el terreno, y de forma natural por el agua que manaba de los acuíferos. Los vertidos sobre las parcelas autorizadas y el aterramiento producido sobre parte de las balsas produjeron una incidencia medio-ambiental de un valor “2 incidencia baja”.

El Tribunal de instancia de Valencia absolvió al acusado de los delitos de prevaricación y contra el medio ambiente especialmente por la ausencia del elemento subjetivo en su conducta. Sin embargo, el Tribunal Supremo –en una interesante sentencia- casa y anula la sentencia recurrida dictando otra nueva en la que se condena a D. Ismael por un delito del art. 329.2 CP a la pena de 24 meses de multa (con cuota de 50.000 ptas./día) y 8 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público en concurso ideal con un delito del art. 325 CP por el que se le impone 1 año de prisión, multa de 25 meses

---

<sup>8</sup> SAP Valencia 13-7-2002 y STS 25-9-2003 (EDJ 2003/97990).

(cuota 50.000 ptas./día) y dos años de inhabilitación especial para profesión u oficio.

El Alto Tribunal llega a la conclusión de que el D. Ismael actuó con dolo y a conciencia de la injusticia y la ilegalidad de su decisión (otorgar licencias), entendiendo que el conocimiento de la antijuridicidad del acto se mide en función de la especial naturaleza de la realidad sobre la que se actúa. En este caso, era perfectamente factible que el autor conociese la realidad externa sobre la que deliberadamente estaba actuando. El objeto sobre el que recae la acción formaba parte de un mundo perfectamente accesible a la observación de sus circunstancias específicas. Aparte que con sus autorizaciones produjo un daño de incuestionable impacto ecológico, lo que pretendía el acusado era que por este sistema se ganase ilícitamente una superficie, que después pretendía reconvertir en suelo urbanizable, lo que le transforma también en autor de un delito contra el medio ambiente. No puede olvidarse - afirma el Tribunal Supremo- que los titulares de los poderes públicos y especialmente los alcaldes, tienen un especial deber de cumplir con el mandato constitucional que impone conservar y proteger el hábitat natural, no sólo en función del respeto por la calidad de vida, sino asumiendo que nos hallamos ante un bien permanente, que no es patrimonio de los actuales habitantes, sino que ha de transmitirse a generaciones futuras como muestra de una insoslayable solidaridad colectiva.

5) Caso de la concesión ilegal de licencias de Brunete (Madrid)<sup>9</sup>. Los acusados - miembros electos del Ayuntamiento de Brunete- Ignacio, Augusto, José Ramón, Eva, Lucas, Benito, Luis Manuel, Donato y Juan Alberto- vinieron sistemáticamente concediendo licencias de obra mayor durante el periodo 1995 a 1998 con pleno conocimiento que éstas eran contrarias al Plan General. Éstos sabían que estaba vigente el Plan General de Ordenación urbana (PGOU) de 1981 y a su pesar las concedieron, incluso pese al informe previo de ilegalidad (anterior a la deliberación corres-

---

<sup>9</sup> Sentencia Juzgado de lo Penal nº. 3 de Móstoles 20-2-2002 y SAP Madrid, Sección 15ª. de 29-6-2002 (EDJ 2002/48579).

pondiente para su concesión) que en cada expediente realizaba el Secretario del Ayuntamiento<sup>10</sup>.

El Tribunal de instancia absolvió en primer lugar a Lucas y a Augusto por no haber participado en las votaciones en las cuales la Comisión de Gobierno otorgaba las licencias. Por su parte condenó a Benito, a Juan Alberto como autores de un delito de prevaricación común a la pena de seis años y un día de inhabilitación especial para el cargo de miembro electo de corporación municipal, a Donato, Luis Manuel y José Ramón como autores de un delito continuado de prevaricación común a la pena de ocho años y un día de inhabilitación especial para cargo de miembro electo de corporación municipal. Sin embargo condenó a Ignacio como autor de un delito continuado contra la ordenación del territorio del art. 320.2 CP a las penas de multa de veinte meses con una cuota diaria de dos mil pesetas y con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas y nueve años de inhabilitación especial para el cargo de miembro electo de corporación municipal. Asimismo condenó a Eva como autora de un delito del art. 320.2 CP a las penas de siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público y multa de doce meses con una cuota diaria de dos mil pesetas con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas. La Audiencia Provincial de Madrid ratificó

---

<sup>10</sup> Concretamente las licencias para construcción de viviendas pareadas y unifamiliares así como garajes y sotanos que afectaron al suelo no urbanizable que se otorgaron en contra de lo dispuesto en el Plan General de Ordenación Urbana de 1981, y con conocimiento de ello, fueron las siguientes:

1) Dos viviendas en la c/ Doctor Rodríguez de la Fuente nº 15 y 17, con ocupación de una zona verde pública, aprobándose la concesión de la licencia el 27/1/95 con el voto favorable de los miembros de la comisión de gobierno: Benito, Luis Manuel, Donato y Juan Alberto. 2) Ocho viviendas pareadas en la c/ Faisán nº 2, ocupándose suelo no urbanizable, siendo aprobada la autorización en fecha 12/6/96, con el voto favorable de Luis Manuel y Donato. 3) Doce viviendas en la c/ Faisán nº 1, con ocupación de suelo no urbanizable, aprobándose la licencia el 22/1/96 con el voto favorable de Ignacio y José Ramón. 4) Veintinueve viviendas y garajes en el Pº de Ronda y c/ de la Fe, ocupando suelo no urbanizable, siendo aprobada la licencia el 29/4/96 con el voto favorable de Ignacio y José Ramón. 5) Cuatro viviendas unifamiliares en la c/ Cuesta de la Soledad, sobre suelo no urbanizable, con aprobación del permiso el 17/9/96 con el voto favorable de Ignacio, José Ramón y Eva. 6) Legalización de un sótano en la c/ Faisán nº 4, ubicándose en suelo no urbanizable, facilitándose la licencia el 28/11/96 por Decreto del Alcalde Ignacio. 7) Trece viviendas unifamiliares en la c/ Francisco Falagán, c/ del Carmen y Cuesta de la Soledad, ubicándose parcialmente en suelo no urbanizables, con otorgamiento de la licencia el 31/0/97 por Decreto del Alcalde Ignacio. 8) Edificio de once viviendas unifamiliares en el Alto del Ventorro, ocupándose suelo no urbanizable de Protección de Vías de Circulación rodada, concediéndose la licencia el 27/4/98 por Decreto del Alcalde Ignacio.

íntegramente la sentencia de instancia en cuanto a las calificaciones jurídicas realizadas.

Ambas sentencias no explican por qué, tratándose de concesiones de licencias ilegales posteriores al año 1995, no llegó a aplicarse el art. 319.2 en concurso ideal con el art. 404 ambos del CP. Tampoco razona por qué no se aplicó, al menos, a todos los acusados el llamado delito de “prevaricación” urbanística con mayor pena que la estrictamente fijada en el art. 404. CP. Sólo a Eva e Ignacio se les condena por el art. 320.2 CP, lo cual desde todo punto de vista parece ilógico.

6) Caso del municipio de Castilleja de la Cuesta (Sevilla)<sup>11</sup>. El acusado Arturo -constructor promotor- que estaba interesado en la construcción de una vivienda propia en una determinada parcela ubicada en suelo público (pues conocía que tal parcela se ubicaba en zona socio cultural y zona verde dentro del Plan Parcial de Reforma Interior-PERI llamado *Divina Pastora*) y en disponer de una mayor extensión de terreno, inició una estrategia de enmascaramiento de la realidad presentando, en un primer momento y de forma sucesiva, como extensiones de la parcela 237,86 metros cuadrados en fecha 2 de junio de 1997, y 361,33 metros cuadrados el día 26 de septiembre del mismo año. No contento con ello el citado Arturo, para culminar su propósito constructivo, el 30 de octubre de 1998, con previo acuerdo para ello con el Técnico Municipal D. Claudio, y tras iniciar las obras de ejecución de su vivienda, solicitó una "tira de cuerda" con la inexistente excusa de definir la línea medianera entre su propiedad y la que llama "zona verde" colindante de la calle Fernanda Cuadrado que realmente era la zona calificada en las NNSS como "equipamiento social cultural" (lo cual también fue informado a favor por parte de Claudio). El día 6 de noviembre de 1998 tuvo lugar la llamada "tira de cuerda" en la que, sin tramitación de expediente alguno ni solicitud de documentación justificativa a la propiedad ni iniciar expediente de modificación de la NNSS, se definen los linderos. Dicha “tira de cuerda” fue practicada por D. Ángel Jesús, en representación del Ayuntamiento, asistido del funcionario Claudio, como Técnico Municipal y, de otra parte, D. Arturo. Como consecuencia de la anterior diligencia, se certificó que la nueva superficie de la parcela aludida alcanzaría ahora 498'75 m<sup>2</sup>. D. Arturo a continuación presentó

---

<sup>11</sup> SAP Sevilla, Sección 3ª. 17-1-2003 (EDJ 2003/111995) y STS 27-9-2004 (EDJ 2004/159664).

solicitud de licencia de obra para construir vivienda unifamiliar en esa parcela, la cual fue informada favorablemente por Claudio como Técnico Municipal en fecha 16 y 17 de marzo de 1999, afirmando, respecto a la petición de licencia, que "el proyecto es autorizable de acuerdo con la documentación presentada", no obstante conocer que la vivienda proyectada y ya concluida en su estructura, además de la parcela donde se ubicaba, ocupaban suelo incluido en el perímetro de actuación del PERI "Divina Pastora" y calificado como "equipamiento social cultural", y que, previamente, se había incoado expediente por dicha ocupación ilícita del terreno por el Sr. X ( Decreto 21/99 de 11 de febrero de 1999 ) en virtud de denuncia de particulares afectados por las citadas obras así como por miembros de la corporación, además de conocer la tramitación del expediente por la Delegación Provincial de la Consejería de Obras Públicas y Urbanismo de la Junta de Andalucía. La licencia interesada fue aprobada en base al informe del Técnico Municipal, en sesión de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento celebrada el 24 de marzo de 1999, a la que no asistió el funcionario D. Ángel Jesús.

El Tribunal de instancia (AP de Sevilla) condenó al técnico municipal D. Claudio, como autor penalmente responsable de un delito contra la ordenación del territorio del art. 320.1 CP a la pena de veinte meses de multa, a razón de una cuota diaria de dieciocho euros diarios, e inhabilitación especial para empleo o cargo público durante siete años. Por el contrario absolvió al promotor-constructor D. Arturo del delito contra la ordenación del territorio del que venía acusado.

El Tribunal Supremo ratifica la sentencia de la Audiencia rechazando categóricamente que el art. 320.1 CP exija (aparte de la "emisión de un informe favorable en ausencia de las condiciones de pertinencia y que el mismo se haya emitido *a sabiendas*") un nuevo elemento objetivo como pudiera ser que no quepa la ulterior subsanación de la infracción (es decir, que la actuación producida en la ilegalidad no sea subsanable), según alegaba el recurrente. Para el Alto Tribunal es igualmente patente que D. Claudio incurrió en una patente y reiterada inaplicación de preceptos de claridad meridiana, convirtiendo el propio interés o capricho en ley del caso.

En este supuesto llama la atención la absolución de D. Arturo en ambas instancias cuando posiblemente podría haber incurrido en el delito del art.

319.2 CP. Es más, el técnico municipal podría haber sido considerado como partícipe de éste último delito

7) Caso de la contaminación acústica de Villarreal (Castellón)<sup>12</sup>. La mercantil Roig Cerámica, S.A., (ROCERSA), representada por el acusado Sr. Pedro Tomás, con ubicación en Villarreal (Castellón), concretamente en Partida Madrigal, polígono industrial, zona de uso industrial (Ind-2), Camino Viejo de Onda-Castellón s/n, desarrollaba con licencia la actividad de “pavimento cerámico esmaltado” y “estación distribución GLP para servicio de pavimento”. También tenía funcionando sin licencia autorizante en fecha no precisada del verano de 1991 -aunque siempre antes del uno de agosto de dicho año- las actividades de “fábrica de pavimento esmaltado”, “fábrica de azulejos degres” y “central decogeneración”.

Desde junio de 1995 hasta agosto de 1998 se presentaron numerosas quejas ante el Ayuntamiento y ante la Consejería de Industria de la Comunidad Valenciana por parte de particulares, un concejal del propio Ayuntamiento, asociaciones y otros colectivos sociales (escritas y verbales, personales y por teléfono, de día y de noche), denunciando los persistentes ruidos procedentes de la planta de la citada mercantil. La Corporación municipal -y en alguna ocasión por orden de la Comunidad citada- efectuó estudios de medición acústica con sonímetros para determinar los niveles de ruidos emitidos durante el día y la noche, los cuales, por lo general, superaron los límites de decibelios (dB) permitidos (según el art. 268 de las Normas Urbanísticas del PGOU eran 35 dBA de 8 a 20 h. y de 30 dBA de 20 a 8 horas).

El día 17 de julio de 1995, se presentaron ante el Ayuntamiento de Villarreal dos escritos dirigidos a su Alcalde; uno, de la Junta de vecinos de la Partida Madrigal; y otro, suscrito por ciento cincuenta y seis personas. En el primero, entre otros extremos, se manifestaba que el informe elaborado por la consultora Novotec en el mes de junio de 1995, y del que habían llegado a tener conocimiento, no reflejaba la medición correspondiente a la causa de la protesta vecinal, siendo incierto que las fuentes de emisión de ruido no funcionaran por la noche. En el segundo, solicitaban del Ayuntamiento se requiriera a la empresa ROCERSA y a otra mercantil próxima a

---

<sup>12</sup> SAP Castellón Sección 2ª. 9-9-2005 y STS 19-10-2006 (EDJ 2006/311726).

ella para que en un plazo prudencial procedieran a un aislamiento acústico adecuado de sus cogeneradores.

El trámite de todas y cada una de las decenas de quejas se reducía, una y otra vez, a dejar el asunto “sobre la mesa” hasta que llegase una nueva oleada de protestas. Tras una serie de requerimientos al acusado Sr. Pedro Tomás (representante de ROCERSA) -a los efectos de aportar un anexo al proyecto de actividad con adopción de ciertas medidas correctoras, e incluso tras alguna inspección a la vivienda de algún denunciante particular para comprobar y medir contaminación acústica, el 20 de agosto de 1997- el Secretario del Ayuntamiento requirió al Ingeniero Técnico Municipal a fin de que realizara visita de inspección a dicha mercantil e informara sobre si la actividad que se desarrollaba se ajustaba a las licencias que le fueron otorgadas en su día; y en caso negativo, indicase medidas a adoptar para ajustarse a las mismas y plazo.

El 5 de diciembre de 1997 la Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento de Villarreal dictó Decreto en el que acordaba “requerir a ROCERSA, al objeto de que en el plazo máximo de seis meses subsanase las deficiencias que han sido comprobadas (molestias en el exterior debidas al motor de salida de gases) mediante la adopción de las medidas correctoras pertinentes, tendentes a que los niveles sonoros a transmitir por la actividad (fabricación de pavimento cerámico esmaltado) se ajusten a los máximos establecidos en el citado artículo 268 de las Normas Urbanísticas del PGOU”.

Transcurrido el plazo otorgado para la subsanación de deficiencias, el 17 de julio de 1998, el alcalde de Villarreal requirió al Ingeniero Técnico del Ayuntamiento a fin de que realizara nueva visita de inspección e informara si se ha dado cumplimiento a lo ordenado en el Decreto de 5 de diciembre de 1997. El día 23 de septiembre de 1998, el Ingeniero Técnico Municipal informó en el sentido de que la empresa ROCERSA carecía de la oportuna licencia municipal de apertura para las actividades de “fábrica de pavimentos esmaltados”, “fábrica de azulejos de gres” y “central de cogeneración”, por lo que se debía proceder al cierre de las mismas. En la misma fecha, el alcalde, ahora acusado, dictó Decreto por el que acordaba incoar expediente de cierre de las actividades de ROCERSA carentes de la preceptiva licencia, concediéndole un plazo de quince días de audiencia para alegaciones, justificaciones y presentación de documentos.

Mediante Resolución núm. 2460, de 27 de octubre de 1998, el alcalde de Villarreal acordó ordenar a Roig Cerámica, S.A. que procediera al cierre inmediato de las actividades carentes de licencias municipales hasta su oportuna obtención, la cual, fue notificada a la interesada el día 28 de octubre de 1998. Sin embargo, esta orden de cierre es pospuesta, por el propio alcalde acusado, el 18 de noviembre de 1998 al justificar ROCERSA que se había interpuesto recurso contencioso y se había solicitado la suspensión del acto administrativo. Tras nuevas y varias denuncias de particulaes, el día 12 de noviembre de 1998 el Ingeniero Municipal emite el informe exigido por la alcaldía en el que se concluye que las mediciones sonométricas realizadas con aparato autorizado en la calle Río y Camino Viejo Castellón-Onda, viales sobre los que recae ROCERSA, a las 8'30 horas de día laborable, arrojaba unos resultados que oscilaban entre 59 y 66 dB (A).

El día 20 de noviembre de 1998, desde las 10 horas hasta las 10'34 horas, se procedió a la ejecución forzosa de la orden de cierre en lo referido sólo a la actividad de cogeneración con precinto de su central por el Ingeniero Técnico Municipal y en presencia de Notario de Villarreal, de lo que levantó la correspondiente acta de igual fecha. Cuando definitivamente se clausuró el cogenerador cesaron los ruidos y las protestas.

La Audiencia de Castellón procedió a absolver a los acusados Pedro Tomás (representante de ROCERSA) y al Alcalde de Villarreal de los delitos contra el medio ambiente, prevaricación y denegación de auxilio de que venían siendo acusados por el Ministerio Fiscal. Por su parte el Tribunal Supremo casa la sentencia y dicta otra nueva por medio de la cual condena a Pedro Tomás como autor por un delito del art. 325 CP a las penas de dos años de prisión y veinticuatro meses de multa (cuota 400 €/día), ello en base a que como representante de la industria adquiere la condición de garante y tiene un pleno dominio funcional y la capacidad decisoria suficiente como para haber atendido la orden de cierre.

Asimismo el Alto Tribunal condena al alcalde como autor de otro delito del art. 329 CP a las penas de un año y seis meses de prisión y ocho años de inhabilitación especial para empleo o cargo público. Para el Supremo las decisiones tomadas por el Alcalde acusado en este procedimiento se pueden considerar absolutamente arbitrarias y deliberadamente injustas, tanto por



acción como por omisión, dado que permitió el funcionamiento de la “central de cogeneración” -causante del ruido- pese a no disponer de licencia pertinente. Resulta también incomprensible que ante la avalancha de quejas, el Alcalde no tomese en consideración este precedente y de forma reiterada se limite a enviar agentes de la Policía Municipal con sonómetros cuyas características no constan pero tampoco se dice que fueran inservibles. Finalmente afirma que es inadmisibles que el trámite se reduzca, una y otra vez, a dejar el asunto sobre la mesa hasta que llegase una nueva oleada de protestas.

8) Caso de la ejecución de hotel en Borleña (Cantabria) en suelo no urbanizable<sup>13</sup>.

El 3 de mayo de 1995 el Alcalde de un pueblo de Cantabria concede licencia de obra a D. Agustín para “rehabilitar un edificio ruinoso de su propiedad en el pueblo de Borleña que había sido vivienda de planta baja, primera planta y bajo-cubierta”. En Noviembre de 1995 Agustín obtuvo autorización del Organismo pertinente de Carreteras para la rehabilitación siempre y cuando se respetase la distancia de 25 m. entre la vivienda y el borde exterior (línea blanca) de la calzada. No obstante, D. Agustín construye toda una nueva estructura de hormigón de nueva planta. El Alcalde, consciente que la edificación excedía de lo autorizado, requiere a Agustín que presente nuevo proyecto y solicitud de licencia, cosa esta que no hace, ante lo cual el 15 de julio se ordena paralizar la obra. Sin embargo, el 26 de diciembre 1996, cuando la construcción estaba casi terminada (pues las obras no se paralizaron realmente), Agustín presenta ante la Corporación el 1 de febrero de 1996 solicitud de licencia de obras con firmas del arquitecto y el aparejador y el Visado del Colegio de Arquitectos, así como un proyecto básico y de ejecución de un hotel en Borleña que incluía la legalización de estructura y la autorización de Carreteras. Pese a que el Proyecto había obtenido el “visado”, el Colegio de Arquitectos advertía que el Proyecto: 1º. Invaldía la distancia de protección de CN-232; 2º. Excedía la edificabilidad máxima permitida; 3º. Se incumplían las condiciones de buhardillas en planta baja-cubierta; y 4º. El uso previsto requería la autorización previa indicada en el art. 16.3 de la Ley del Suelo.

---

<sup>13</sup> SAP Cantabria 24-6-2002 (EDJ 2002/41071) y STS 31-10-2003 (EDJ 2003/209305).

Ante todo ello el Alcalde pide asesoramiento a José Pedro, que era el aparejador de su confianza, el cual le indica que según su opinión la obra le parecía legal aunque no emitiría informe escrito pues era el arquitecto técnico de la obra discutida. A continuación acude a otro arquitecto superior el cual no se atreve a informar favorablemente la concesión de la licencia reclamada por Agustín para el citado Hotel. Sin embargo, muy pocos días después el Alcalde, sin más asesoramiento ni informes y pese a conocer que en realidad lo construido era un edificio de nueva planta en suelo no urbanizable, y sin previa autorización de la Comisión Regional de Urbanismo, concede la licencia de obras mediante la oportuna resolución, la cual fue suscrita también por la Sra. Secretaria, quien constató que lo hizo por obligación del Presidente de la Corporación.

La Audiencia de Cantabria condenó al Alcalde por el delito del art. 320.2 CP a las penas de un año de prisión e inhabilitación especial para el cargo de alcalde o miembro de corporación municipal u otro cargo de elección pública durante ocho años. Llama la atención que en esta causa no se imputase a D. Agustín (constructor-promotor) de un delito del art. 319 CP.

Al haber recurrido en casación el Alcalde -entre otros motivos- por infracción del art. 404 CP, el Tribunal Supremo recuerda que la sentencia de instancia no condenaba en base a ese precepto sino que lo hacía en relación al art. 320.2 CP ya que entre ambos existe una relación de especialidad, debiéndose aplicar este último.

9) Caso de la tala masiva de la Sierra de Baza (Granada)<sup>14</sup>. El 4 de marzo de 1998 la empresa “Muebles *Senn*”, a través de los socios D. Juan Antonio y D. Juanse solicitaron a la Dirección del Parque Natural de la Sierra de Baza la adjudicación de los trabajos servícolas para el aprovechamiento de las maderas y leñas que se derivasen de ellos, con eliminación de residuos, todo ello en determinados parajes del citado Parque. El Director-Conservador del mismo, D. José María *Iru*, en escrito de 24 de mayo de 1998, autorizó a “retirar madera muerta o deteriorada.....previamente señalada por el Director del Parque o en su caso por el Encargado de la Comarca”, debiendo el solicitante soportar la totalidad de los gastos y dejar las choperas limpias de residuos. La actividad desarrollada se llevó a cabo entre mayo y noviembre 1998,

---

<sup>14</sup> SAP Granada Sección 2ª. 20-11-2003 (EDJ 2003/246681) y STS 17-11-2005 (EDJ 2005/207184).

habiéndose procedido por parte de D. Juanse a la corta de las choperas existentes en ciertos parajes, ello bajo el conocimiento y supervisión del Director D. José M<sup>a</sup>. Iru. Pese a los términos del permiso, la actuación que convinieron el Director del Parque y el empresario Juanse consistía en la corta “a hecho” o “matarrasa” de las alamedas de plantación, que por lo general presentaban signos de abandono y deterioro y en la severa corta de los chopos de ribera, todo ello inspirado en la idea de reforestar con vegetación autóctona las zonas taladas. En ningún caso llegó a aprobarse la tala de árboles sanos que constituyeron un muy importante porcentaje de todos los que se cortaron.

El talado -que causó un gran impacto paisajístico- se suspendió en febrero de 1999 por el también acusado Delegado Provincial de la Consejería de Medio Ambiente D. Rafael una vez cortados más de 13.000 árboles (la mayoría álamos pero también sauces y especies arbustivas de ribera).

Donde se actuó quedaron depositadas ingentes cantidades de residuos propios del astillado de la madera de desecho que cubrieron en muchos puntos los cauces de los arroyos Uclias y Bodurría, favoreciendo con ello el encharcamiento del agua y transformándose por completo las características originarias de dichos arroyos pues quedó con el aspecto propio de una ciénaga. A parte de todo ello, los propios cauces fueron utilizados para el tránsito de maquinaria pesada, lo que contribuyó al notable deterioro de su apariencia externa.

Todo este estado de cosas fue conocido por el Ingeniero-Jefe del Servicio de Comisaría de Aguas de Granada, D. Alejandro, dependiente de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, el cual no estimó necesario adoptar medidas concretas para paliar o resolver la situación creada dado que consideró que no se había perjudicado el dominio público hidráulico, hasta que el Juzgado pertinente (el 20 de agosto 2001) requirió al citado Servicio para que procediera a la limpieza de dichas cauces, de tal modo que desde la orden judicial se retiraron de las zonas afectadas un total de 225 contenedores industriales de residuos.

La Audiencia Provincial de Granada condenó al Director del Parque D. José M<sup>a</sup>. Iru por un delito de prevaricación del art. 404 CP -imponiéndole la pena de siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público que implicase la asunción de competencias resolutivas en la gestión del medio natural- en base a que la licencia de tala fue injusta, pues ni tenía competencias

para otorgarla, ni siguió el procedimiento administrativo adecuado para que la tala se realizase correctamente, permitiendo con ello el corte de un buen número de árboles que estaban en perfecto estado. Igualmente se le condenó por otro delito del art. 330 CP en omisión impropia (comisión por omisión) a las penas de un año de prisión y multa de doce meses (con cuota de 15 €/día), ya que la vegetación de la Sierra de Baza en su conjunto así como su valor paisajístico eran los elementos esenciales que debieron servir para su calificación de “espacio natural de especial protección”. Igualmente se condenó al particular y empresario D. Juanse por un delito del art. 330 CP a la pena de un año de prisión y doce meses de multa (con cuota de 15€/día). Sin embargo, esos sujetos -al igual que el funcionario D. Alejandro- fueron absueltos del delito del art. 325 CP (en su forma agravada del art. 338 CP) por el que venían siendo acusados por el Ministerio Fiscal en tanto que no se probó que los vertidos a los cauces de los arroyos (es decir, a las aguas terrestres) hubieran podido realmente perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales en un espacio natural protegido.

Por su parte el T.S. ratificó íntegramente la sentencia de instancia dando por buenos los argumentos jurídicos de fondo de la sentencia de la AP.

#### 10) Caso de Proyecto de Urbanización Can Girona de Sitges (Barcelona)<sup>15</sup>.

El 4 abril de 1991, el Ayuntamiento de Sitges aprueba provisionalmente el Plan Parcial de Cami Can haciéndolo definitivamente el 16 de junio de 1994. La misma Corporación, por plenario, el 12 de mayo de 1995 aprueba inicialmente el Proyecto de Urbanización Can Girona y de manera definitiva lo hace el 2 de octubre del mismo año 1995. Todo ello fue realizado en base a la revisión del PGOU de Sitges de 1987 que modificaba al existente en 1959. Sin embargo, el TSJ de Cataluña, en vía contencioso administrativo, declara nula la citada revisión del Plan General. A los acusados D. Jaime, D. José Ángel -en un primer lugar concejales de la Corporación y posteriormente Alcalde y Teniente-Alcalde respectivamente- y D. Ángel Daniel, Arquitecto Municipal que informaba al Ayuntamiento, el Ministerio Fiscal les imputa un delito del art. 320 CP en base a que esas autoridades y funcionarios públicos

---

<sup>15</sup> SAP Barcelona Sección 10ª. 25-4-2002 (EDJ 2002/31516). La misma no fue recurrida por ninguna de las partes en Casación.

habían contribuido con sus votos o informes favorables a la aprobación de un Plan Parcial y a un Proyecto de Urbanización fundamentado en un Plan General de Ordenación de 1989 declarado ilegal por sentencia firme, aparte de que los acusados habían contravenido una norma ambiental que era la Ley 6/88, Forestal de la Comunidad de Cataluña.

El Tribunal catalán absuelve a los acusados, con fuertes críticas al Ministerio Público por la deficiente acusación formulada, por entender que la aprobación o no de un Plan Urbanístico no es un elemento subsumible dentro del art. 320 CP teniéndose, en todo caso, que haberse formulado la acusación en base a previsibles concesiones de licencias ilegales derivadas del desarrollo de la urbanización o bien a “proyectos de edificaciones ilegales”. Igualmente constató la Sentencia que la infringida Ley Forestal aludida no podía tener en ningún caso la consideración de “norma urbanística vigente” que es elemento esencial para la realización del delito del art. 320 CP.

#### 11) Caso del Conjunto histórico-artístico de la ciudad de Tui (Pontevedra)<sup>16</sup>.

El Ministerio de Cultura en fecha de 19 Agosto de 1967 declaró bien de interés cultural, por disposición de ley, el conjunto Histórico Artístico de la ciudad de Tui. Esta declaración comprendía dos zonas bien diferenciadas: 1) la histórico-artística propiamente dicha; y 2) otra denominada "zona de respeto" que tenía por finalidad proteger el paisaje exterior de la ciudad. La delimitación de ésta, según plano unido al expediente, eran las calles Martínez Padín y Piñeiro. Aprobado el PGOU por el Ayuntamiento de Tui, el mismo es modificado el 7 de octubre de 1994 por la Comisión Provincial de Urbanismo; los planos remitidos por la Corporación también son modificados por la Comisión a los efectos de que se incluyan en la zona BIC (Bien de interés cultural) la “llamada zona de respeto”. Así las cosas, pese a ser modificado el texto del PGOU remitido por el Ayuntamiento, no se rectificaron los planos iniciales, de forma que no sólo no resultaban coincidentes con los obrantes en la Comisión Provincial de Urbanismo, sino que contravenían el texto del PGOU definitivamente aprobado en 1994.

---

<sup>16</sup> SAP Pontevedra Sección 2ª. 30-6-2004 (EDJ 2004/296544) y STS 28-3-2006 (EDJ 2006/337351).

Con estos antecedentes, el acusado y promotor D. José Antonio pide licencia para construir un edificio de nueva planta de 24 viviendas en las calles Martínez Padín de Tui esquina a c/ Piñeiro. La licencia es concedida por la Comisión de Gobierno a través del voto favorable del Alcalde, D. Fidel, y los Concejales y acusados D. Álvaro, D. Inocencio, D. Víctor Manuel, D. Germán y D. Armando. Esta concesión se hizo con el informe a favor del aparejador municipal (y acusado) D. Silvio.

Ante las denuncias de vecinos por la concesión, por hallarse en la “zona de respeto”, la Dirección General del Patrimonio de Galicia hace al Alcalde requerimiento de paralización de obras, el cual no solo no resultó atendido, sino que en fecha 4 de Noviembre de 2000, reunida de nuevo la Comisión de Gobierno-integrada por el referido Alcalde, y los concejales D. Álvaro, D. Inocencio, D. Víctor Manuel y D. José Carlos, otorgó una segunda licencia al mismo constructor, que sustituía a la anterior y la ampliaba para la construcción de un edificio de 30 viviendas con la misma ubicación. Esta licencia fue favorablemente informada por el Aparejador Municipal antes citado y por la asesora jurídica de la Corporación, la acusada D<sup>a</sup>. Mónica, vinculada a este organismo en condición de personal laboral desde el 13 de mayo de 1999, como asesora urbanística, pese a conocer la situación de la obra, el requerimiento de paralización y que carecía de la autorización previa y preceptiva de la Dirección General de Patrimonio. El acusado D. José Ignacio, una vez obtuvo la licencia para edificar y amparado en una licencia de limpieza y desescombro otorgada por la misma Comisión de Gobierno en 15 de Septiembre de 1999, procedió al derribo de las antiguas viviendas ubicadas en los números 51, 57 y 49 de la c/ Martínez Padín, sin que los mismos apareciesen tasados como edificios declarados singularmente protegidos por su interés histórico, ni constasen registrados como tales en la Dirección General del Patrimonio.

La Audiencia de Pontevedra condenó al Alcalde (Fidel), como autor de un delito contra la ordenación del territorio del art. 320.2 CP a la pena de 18 meses de multa (cuota 30 €/día) e inhabilitación especial para empleo ó cargo público por tiempo de ocho años. Igualmente condenó al aparejador D. Silvio y a la abogada D<sup>a</sup>. Mónica a las mismas penas en base al art. 320.1 CP. Todos los demás acusados fueron absueltos. La condena se produce esencialmente debido a que la Sala *a quo* entendió que, de la normativa aplicable al presente caso (ordenanza 5 del PGOU 1994, art. 20 LPHE y arts. 45 a 47 Ley Patri-

monio Cultural de Galicia), se podía deducir que toda intervención urbanística en el conjunto histórico de Tui requería informe previo y preceptivo de la Consejería de Cultura de Galicia, organismo encargado de la tutela del patrimonio cultural, con prohibición absoluta de construir edificios de nueva planta e incrementar volúmenes en el área afectada por la declaración de conjunto histórico. Al haber vulnerado conscientemente los funcionarios públicos tan esencial normativa, incurrieron en el tipo penal.

Por su parte el TS -en una interesantísima sentencia por su calidad jurídica, a la vez que discutible- casa la misma y absuelve a los tres condenados. El Alto Tribunal cuestiona la enorme ambigüedad e inconcreción con la que se delimitó la “zona de respeto” en base exclusivamente a la indicación de dos calles “sin referencia a planimetría de ordenación a escala legal” como exige el Reglamento de Planeamiento Urbanístico; por tanto es discutible y no está ciertamente determinado que la edificación en cuestión se hallare en tal “zona de respeto”. A su vez entiende el Supremo que en el supuesto de edificaciones ubicadas en una “zona de respeto”, al no tener el mismo fin que las “zonas monumentales históricas” (propriadamente), se puede conjugar su conservación con el precio económico que ello origine, siendo posible su sustitución por una nueva construcción que respete el estilo y características de la original, pues ello en si mismo no ha de redundar en detrimento de la defensa y conservación del entorno y ambiente propio de los conjuntos histórico-artísticos aludidos. En base a ello entiende el Tribunal casacional que el alcalde al conceder la licencia mediante el voto no actuó objetivamente de manera injusta ni hubo contrariedad de las normas urbanísticas aplicables al caso ni concurrió el elemento subjetivo. Igualmente para el Supremo la resolución de la Dirección General de Patrimonio dirigida al alcalde consistente en requerimiento (que no una orden) de paralización de obras no era en sí mismo la resolución paralizatoria exigida por la ley sino una simple petición a una Corporación Local.

Por su parte absuelve igualmente a la letrada D<sup>a</sup>. Mónica en base a que jurídicamente era muy discutible asimilar la “zona de respeto” con la “zona histórico artística” y que, la emisión del informe favorable a la concesión de la licencia de edificación no era manifiesta y groseramente ilegal ya que

“podía entenderse conforme a derecho, de acuerdo con las previsiones del PGOU de 1994, al ser aplicable a la zona de respeto la Ordenanza nº. 1 y no la nº. 5”.

Por último, el Sr. Silvio -Aparejador municipal- es absuelto esencialmente porque su informe favorable era desde el punto de vista jurídico defendible no concurriendo el elemento subjetivo ni la indubitada y grosera ilegalidad del mismo.

12) Caso de los vertidos de purines al Torrente del Clot Fondo de Gurb de la Plana (Barcelona)<sup>17</sup>.

La empresa mercantil AZ -presidida por el acusado D. Luis Antonio- comenzó en enero de 1996 la explotación ganadera de engorde de cerdos de la granja “El Borren”, situada en el término municipal Gurb de la Plana. La gestión y administración de la granja era llevada a cabo de manera personal por el acusado D. José -miembro del consejo de administración de la citada mercantil-, el cual pudo observar que en la misma existía una balsa de tierra compactada dedicada a la recogida y almacenamiento de purines en muy mal estado y que carecía de cualquier tipo de medida de seguridad o de impermeabilización, existiendo una filtración así como un colector ilegal de PVC que vertía los purines de cerdo almacenados al Torrente del Clot Fondo. Este estado de explotación continuó hasta julio de 1996. Sin embargo, en agosto del mismo año se comienza a vaciar el contenido de la balsa de tierra compactada debido al conocimiento que se había tenido de la investigación llevada a cabo por los Mossos D’esquadra. A continuación el acusado D. José lleva a cabo otra balsa de hormigón destinada al almacenamiento de purines en la cual se instala a su vez un colector de PVC a través del cual directamente se arrojaban los purines al referido Torrente. De esta forma la mercantil se ahorra los costes de tratamiento adecuado, contaminando con vertidos el cauce del torrente. La Policía Judicial -mediante las tomas pertinentes- constató que los índices contaminantes detectados producían un grave riesgo para los recursos naturales y el medio ambiente con desaparición de la vida animal y vegetal en esas aguas, bien por mortandad masiva o por migración.

En las fechas indicadas la citada granja “El Borren” no disponía de la preceptiva licencia municipal de actividades clasificadas, cuya concesión corresponde al Ayun-

---

<sup>17</sup> SAP Barcelona 7-5-2001 (EDJ 2001/27348) y STS 24-5-2003 (EDJ 2003/35156).



tamiento de Gurb, presidido por el alcalde y acusado D. Baltasar, que no inspeccionó las instalaciones de la granja pese a las investigaciones policiales y judiciales que se habían llevado a cabo.

El Tribunal *a quo* (aparte de condenar como autor a D. José a la pena de cuatro años de prisión por un delito agravado de los arts. 325 y 326 letra a) del CP) absuelve al alcalde D. Baltasar del art. 329 CP utilizando un criterio muy restrictivo de éste artículo. En efecto, entiende que la conducta omisiva expresa de tal tipo penal parte de la exigencia ineludible de que las “inspecciones” se hayan llevado a cabo por parte de los funcionarios pertinentes. En los hechos a enjuiciar quedó patentemente probado que las inspecciones no se efectuaron por nadie. La Audiencia critica esta conducta omisiva especificada en el CP de 1995 ya que “*vino a penalizar parte del contenido (silenciar en la inspección la infracción de leyes.....) dejando, sin embargo, impune el continente (omisión de inspecciones)*”.

Sin embargo, el Tribunal Supremo modifica ese criterio, condenando al alcalde D. Baltasar por el delito del art. 329 CP a la pena de 7 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público y multa de 12 meses (cuota 20 €/día). La condena se produce en base a que siendo ese delito funcional un delito de infracción de un deber, éste queda consumado en la doble modalidad de acción o “comisión por omisión”, cuando se ignora y desatiende la aplicación de la legalidad y se omite la realización de una inspección necesaria, convirtiendo su actuación en expresión de su libre voluntad, y, por tanto, arbitraria. Es decir, la “no inspección” constituiría una específica comisión por omisión dentro de la conducta típica del silenciamiento del art. 329 CP.



## **PRIMERA PARTE**

### **BASES PARA LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN LOS ÁMBITOS DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO, DEL PATRIMONIO HISTÓRICO Y DEL MEDIO AM- BIENTE.**



## **§ 2. Sustrato normativo para la responsabilidad penal de las autoridades y funcionarios públicos.**

Desde hace más de tres décadas -concretamente a partir de la Conferencia de Estocolmo de junio 1.972, promovida por la ONU., de donde surge la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente<sup>18</sup>-, la inquietud de la Comunidad internacional por el deterioro continuo de nuestro entorno no sólo no ha cesado sino que se ha incrementado hasta puntos insospechados. Esta preocupación es recogida, casi con carácter inmediato, por la actual Unión Europea a partir de 1.973 con la aprobación de unos Programas de Acción en los que se concretan, para periodos determinados, los pasos a dar a través de acciones específicas en aplicación del marco de una política medioambiental comunitaria<sup>19</sup>. Con motivo de esos Programas se va emitiendo una abundante normativa a la que inexorablemente han de irse vinculando los Estados miembros de la Unión.

A raíz de esas circunstancias, el nuevo Estado social y democrático de Derecho que nace en España a partir de 1.978 viene a recoger en su Constitución un sistema normativo por el cual se otorga una protección máxima a bienes o intereses tan esenciales como son el suelo, el patrimonio cultural y el medio ambiente (arts. 45 y 46 CE). Consecuentemente se introduce en el CP de 1.973 el art. 347 bis (L.O. 8/1983, de 25 de junio), incorporándose posteriormente en el CP de 1995 el amplísimo Tit. XVI del Libro II. Toda esta normativa ambiental debe decirse que está guiada por un principio básico que es el de la prevención: de lo que se trataría es de evitar el daño en sí mismo y que en ningún caso se llegue a producir una degradación ecológica o un deterioro en el patrimonio cultural. De ahí el adelantamiento de la tutela penal acaecida respecto de los bienes jurídicos constatados en la mayoría de los tipos penales recogidos en el mencionado Título del Código punitivo vigente.

---

<sup>18</sup> Concretamente la Proclamación 6ª. decía: “Para llegar a la plenitud de su libertad dentro de la naturaleza, el hombre debe aplicar sus conocimientos a forjar, en armonía con ella, un medio mejor. La defensa y mejoramiento del medio humano para las generaciones presentes y futuras se ha convertido en una meta imperiosa de la humanidad”.

<sup>19</sup> El Primer Programa de Acción fue consecuencia de una Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la CEE. celebrada en París los días 19 y 20 de Oct. de 1.972, en la cual se pretendió orientar el progreso económico hacia la mejora de la calidad y del nivel de vida de los europeos. Fue aprobado por el Consejo el 22 de noviembre de 1.973 para el periodo 1.973-1.977.

Por tanto, relatar, aunque sea someramente, cuales han sido no sólo las referencias, sino también las finalidades que ha debido tener presente el legislador penal del '95 para introducir estos arts. 320, 322 y 329 CP, parece necesario. Asimismo, el mandamiento de los arts. 45.3 y 46 de la CE no es respuesta suficiente para la tipificación de estos tipos penales específicos de carácter funcional. Sobre ello versarán los apartados que siguen a continuación.

#### **I) Los principios normativos supranacionales de la Unión Europea relativos a la ordenación del territorio, patrimonio cultural y medio ambiente. Documentos comunitarios básicos jurídico-penales.**

El desvelo de la Unión Europea por las tres materias a las que se refieren los artículos objeto de análisis no admite dudas. Así, respecto al Patrimonio Cultural, el art. 151.1 Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea (de 12-12-1990) y del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (de 25-3-1957) establece que “se contribuirá al florecimiento de las culturas de los Estados miembros poniendo de relieve al mismo tiempo el patrimonio cultural común”. La acción de la Comunidad -establece el número 2 del mismo art. 151- favorecerá “la mejora del conocimiento y la difusión de la cultura y la historia de los pueblos europeos” y “la conservación y protección del patrimonio cultural de importancia europea”.

En relación al medio ambiente, propiamente dicho, el art. 174 del Tratado (Versión Consolidada) -que apuesta claramente por un desarrollo sostenible- indica expresamente que la política de la Comunidad en el ámbito medio ambiental habrá de pretender los siguientes objetivos: 1) la conservación, protección y mejora de la calidad del medio ambiente; 2) la utilización prudente y racional de los recursos naturales; y 3) el fomento de medidas destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Ello precisamente por ser consciente de que una respuesta adecuada a la cuestión ambiental no se logra a través de las posibles medidas adoptadas unilateralmente por los Estados soberanos, sino mediante la

A nivel medioambiental la política de la Comunidad (art. 174.2) tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado y se basará en los principios de cautela y de acción preventiva así como en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente.

Por último, el art. 175.2 del citado texto supranacional establece que el Consejo de la Comunidad -a propuesta de la Comisión y con ciertas condiciones- podrá adoptar medidas de ordenación territorial y de utilización del suelo.

Por su parte, el VI Programa de Acción de la Comunidad Europea en materia de Medio Ambiente (2001-2010), denominado “Medio Ambiente 2010: el futuro está en nuestras manos” (de 24 enero 2001), no sólo ha dejado claro en su punto 2.1 que “la transparencia es un poderoso instrumento para hacer avanzar a los Estados miembros y autoridades que tardan en incorporar y poner en practica la legislación comunitaria”, sino que constata expresamente lo siguiente:

“Es preciso combatir enérgicamente el delito ecológico, que es el incumplimiento intencionado o por negligencia grave del Derecho Comunitario de medio ambiente<sup>21</sup> y de sus posibles medidas de aplicación en el Derecho nacional, en particular, si es organizado. La Comisión va a impulsar una estrategia de dos vías con objeto de establecer sanciones penales a nivel nacional en caso de desobediencia deliberada del Derecho Comunitario, con arreglo al primer pilar comunitario, y aproximar las legislaciones de los Estados miembros de lucha contra el delito ambiental organizado, cooperación judicial incluida, con arreglo al tercer pilar comunitario<sup>22</sup>”.

Posiblemente derivado de lo anterior, el 13 marzo 2001, la Comisión presentó una Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a “la Protección del Medio Ambiente por medio del Derecho penal”<sup>23</sup> sustituida por la ac-

---

colaboración y coordinación entre ellos. Vid. JORGE BARREIRO, *El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1.995*, en Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español, cit., p. 9; y GOSALBO BONO, *El Derecho del medio ambiente a la luz del Derecho comparado y del Derecho de la Comunidad Económica Europea*, RPJ nº. IV, 1989, especial: Medio Ambiente, p. 128.

<sup>21</sup> Sin duda habrá de entenderse que ese “incumplimiento intencionado del Derecho Comunitario de medio ambiente” habrá de ir referido a todo tipo de sujetos, bien sean particulares o funcionarios públicos.

<sup>22</sup> Como bien se sabe este tercer pilar es el referido a la cooperación policial y judicial en materia penal y abarca el Título VI del TUE.

<sup>23</sup> Vid. al respecto VERCHER NOGUERA, *La reforma introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en la materia penal ambiental o la exigencia de un reajuste inevitable* (II), AJ, año XV, nº. 666, pp. 1-4.

tualmente en tramitación de 9 de febrero de 2007 sobre la misma materia<sup>24</sup>. En la Exposición de Motivos de ésta se hace un encendido uso de la vía penal -como *ultima ratio*- en el campo del medio ambiente no sólo porque la desaprobación social es mayor, sino porque cualitativamente supone un *plus* (penas de prisión) de la que carecen las sanciones administrativas o la “compensación” del Derecho civil. Se alude asimismo a dos cuestiones interesantes: 1) por un lado, al hecho de que los medios de investigación y de procesamiento penal son más poderosos que las herramientas del Derecho administrativo o civil y pueden aumentar la eficacia de esos procedimientos; y 2) por otra parte, a la garantía adicional de imparcialidad de la investigación que hay en la vía criminal, porque las autoridades competentes en tal tipo de investigación no son las mismas que las autoridades administrativas que conceden permisos de explotación o autorizaciones para contaminar.

El objeto de esta propuesta de Directiva es obligar a los Estados miembros a imponer sanciones penales para algunos comportamientos que perjudican gravemente al medio ambiente. Éstos deben condenar todo comportamiento deliberado o debido al menos a una negligencia grave que constituya una infracción de la normativa comunitaria o nacional en el ámbito de la protección ambiental, así como la participación, la falta de vigilancia o la instigación a cometer tales actos.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> El motivo de tal sustitución fue la importante Sentencia de 13-9-2005 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) que anuló la Decisión-marco 2003/80/JAI relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal. Esta Decisión Marco había sido adoptada por el Consejo el 27 de enero de 2003 en lugar de discutirse la propuesta de Directiva de 13 de marzo de 2001 (modificada el 30 septiembre de 2002 por la Comisión al incluirse varias enmiendas propuestas por el Parlamento Europeo).

La Sentencia aludida de 13-9-2005 considera que “la Comunidad (Unión Europea) es competente para adoptar las medidas relacionadas con el Derecho penal de los Estados miembros que estime necesarias para garantizar la plena efectividad de las normas que dicte en materia de protección medio ambiental”.

<sup>25</sup> Concretamente se propone la tipificación como delitos en esa Propuesta de Directiva de 9 de febrero de 2007 las siguientes conductas:

- (a) el vertido, la emisión o la introducción en el aire, el suelo o las aguas de una cantidad de materiales o de radiaciones ionizantes que cause la muerte o lesiones graves a personas;
- (b) el vertido, la emisión o la introducción ilícitos en el aire, el suelo o las aguas de una cantidad de materiales o de radiaciones ionizantes que cause o pueda causar la muerte o lesiones graves a personas o daños sustanciales a la calidad del aire, el suelo o las aguas o a animales o plantas;
- (c) el tratamiento, incluidos la eliminación y el almacenamiento, el transporte, la exportación o la importación ilícitos de residuos, incluidos los peligrosos, que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas o daños sustanciales a la calidad del aire, el suelo o las aguas o a animales o plantas;
- (d) la explotación ilícita de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa, o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos y que, fuera de dichas instalaciones, causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, el suelo o las aguas o a animales o plantas;
- (e) el traslado ilícito de residuos, según la definición que figura en el artículo 2, apartado 35, del Reglamento (CE) no 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo[6] para la obtención de un beneficio y



## II) El núcleo esencial de la Constitución española respecto a su repercusión en las incriminaciones específicas estudiadas.

Cuando se hace referencia en este § 2 al sustrato normativo que ha influido en el legislador penal del '95 para tipificar los tipos delictivos objeto de la tesis, es evidente que hay que aludir a la incidencia que ha tenido en esta materia la CE de 1978.

Precisamente porque la CE debe impregnar todo nuestro sistema jurídico<sup>26</sup>, es por lo que debe proporcionar en buena medida las pautas generales indicativas del modelo penal que desea<sup>27</sup>. Así cuando se establece en la CE que nuestro país se constituye como un Estado social y democrático de Derecho, o cuando en el Preámbulo de la misma se proclama la voluntad de la Nación española de promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos (es decir, los individuos como personas) una digna calidad de vida, se viene a deducir que también al Derecho penal debe incumbirle la tutela de dichos valores e intereses tan significativos, máxime, por ejemplo, cuando respecto a tales ideas de “calidad de vida”, “cultura” etc., como valores colectivos, se formulan en la Ley Fundamental un interesantísimo tejido normativo respecto a lo que tales conceptos deben representar.

Por tanto, las coordenadas constitucionales sustantivas y los nexos entre los valores que consagra, permiten descubrir un engarce sistemático del núcleo de los artículos que integran el campo ambiental y cultural de la CE<sup>28</sup>. En el aspecto jurídico-penal que interesa cabría circunscribirlos a tres epígrafes que podrían ser los siguientes: A) El medio ambiente y los recursos naturales como necesidad para el ase-

---

en cantidad no desdeñable, tanto si el traslado se ha efectuado en una sola operación como si se ha efectuado en varias operaciones que parezcan vinculadas;

(f) la fabricación, el tratamiento, el almacenamiento, la utilización, el transporte, la exportación o la importación ilícitos de materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, el suelo o las aguas o a animales o plantas;

(g) la posesión, la apropiación, el daño, la matanza o el comercio ilícitos de ejemplares de especies protegidas de fauna y flora silvestres o de partes o derivados de los mismos;

(h) el deterioro significativo ilícito de un hábitat protegido;

(i) el comercio o la utilización ilícitos de sustancias destructoras del ozono.

<sup>26</sup> Recuérdese el art. 5.1 LOPJ, según el cual “la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico”.

<sup>27</sup> En esta misma línea TERRADILLOS BASOCO, *Constitución y Ley Penal*, RFDUCM, n.º. 11, 1986, monográfico, p. 655.

<sup>28</sup> Vid., por ejemplo, PÉREZ MORENO, *El postulado constitucional de promoción y conservación del Patrimonio Histórico y Artístico*, en Estudios sobre la CE, LH-García Enterría, t. II, 1991, p. 1.633.

guramiento de una digna calidad de vida y el pleno desarrollo de la personalidad; B) La interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; y C) Las cláusulas jurídico-penales introducidas en los arts. 45.3 y 46 de la CE respecto a los delitos relativos al medio ambiente y al patrimonio cultural.

A) El medio ambiente, los recursos naturales y el acceso a la cultura como necesidad para el aseguramiento de una digna calidad de la vida y el pleno desarrollo de la personalidad del ciudadano.

El Capítulo III del Tit. I de la CE denominado “De los principios rectores de la política social y económica” recoge una serie de disposiciones normativas y de eficacia directa -y vinculantes para todos según el art. 9.1 CE y, por tanto, también para el legislador penal<sup>29</sup>-, algunas de las cuales tienen importante relevancia para nuestra investigación. Dentro de estos “principios” se reconocen una serie de derechos de los llamados “tercera generación”, como el medio ambiente, en base a la inmediata incidencia que tiene sobre la existencia humana y su posibilidad misma<sup>30</sup>. Así el art. 45 n° 1 y 2 CE (insertado dentro del amplio Título I “De los derechos y deberes fundamentales”) establece expresamente que el derecho al disfrute del medio ambiente se dirige al adecuado desarrollo de la persona<sup>31</sup> y que el uso racional de todos los recursos naturales ha de tender a la protección y mejora de la calidad de la vida. Por

---

<sup>29</sup> El carácter normativo de tales “principios” económicos y sociales de los arts. 39 a 52 de la CE está mayoritariamente admitido por la doctrina científica. Vid. por todos ORTEGA ÁLVAREZ, *El concepto de medio ambiente*, en Lecciones de Derecho del medio ambiente, dir. Ortega Álvarez, 1998, p. 56.

Sin embargo, esto no puede significar que todos los preceptos de dicho Capítulo Tercero tengan un mismo alcance y significación normativa, máxime cuando el art. 53 n° 2 y 3 de la C.E. impide a los ciudadanos la tutela del Tribunal Constitucional respecto a supuestas infracciones de los arts. 39 a 52 de la C.E. e impide incluso que se pueda acudir a la justicia ordinaria fundándose en éstos mientras que los mismos no hayan sido desarrollados legalmente. Vid. al respecto SALINERO ALONSO, *La Protección del Patrimonio Histórico en el Código Penal de 1.995*, cit., pp. 58-64; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *El medio ambiente en la Constitución*, DA n°. 190, 1981, p. 346; y DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, 2ª. edición, p. 48.

Por el contrario, niegan tal carácter normativo de esos “principios” PRATS CANUT./MARQUES I BANQUÉ/MORÁN MORA, *El Derecho Penal ambiental y Derecho Comunitario. La Directiva IP*, cit., p. 32; y GARRIDO FALLA, *Comentarios al art. 53 de la CE*, Comentarios a la CE de 1.978, Civitas 1980, p. 579.

<sup>30</sup> PÉREZ LUÑO, *Comentarios a los arts. 45 CE*. En Comentarios a las Leyes Políticas. Alzaga Villamil (Director), t. IV, p. 252; y también, mismo autor *Las generaciones de Derechos Humanos*, RCEC, n°. 10, 1991, p. 207.

<sup>31</sup> Como afirma acertadamente MARTÍN MATEO, en *La calidad de vida como valor jurídico*, en Estudios sobre la CE, LH-García Enterría, t. II, p. 1449. no parece nada acertado la relación que fija el art. 45.1 de la C.E. entre tutela ambiental y desarrollo de la personalidad ya que puede dar lugar a una comprensión esterilizante del “ambiente” en cuanto a su entorno social, frente a su entendimiento funcional relacionado con el conjunto de elementos naturales básicos (suelo, aire, agua).

su parte el art. 44 CE impone la obligación a los Poderes Públicos tanto de tutelar el acceso a la cultura de todos los ciudadanos como de promocionar la ciencia y la investigación. Es patente, así pues, la sobreprotección del medio ambiente que se refleja en nuestra Ley Fundamental.

En los citados preceptos aparecen una serie de ideas o conceptos que hacen afirmar que “cultura”, “ciencia”, “medio ambiente” y “bienes culturales” se interrelacionen en nuestra Constitución<sup>32</sup> como instrumentos para el Estado Social que la misma promueve y para dar satisfacción real y efectiva a las necesidades del desarrollo de la persona según la idea de “calidad de vida”<sup>33</sup>. Como afirma SALINERO ALONSO<sup>34</sup> el art. 45 CE, al poner en conexión el medio ambiente con el desarrollo de la persona y la calidad de vida, acoge un concepto amplio, susceptible de ir integrando evolutivamente todos aquellos elementos o factores que posibiliten y favorezcan la satisfacción de las necesidades del ciudadano. En este sentido “medio ambiente adecuado” para el desarrollo de la persona no solamente será aquel que posibilite el disfrute del medio ambiente natural tradicional, sino también aquel que satisfaga las necesidades artísticas y culturales del individuo. Por tanto, parece intuirse en la CE un concepto antropocéntrico moderado del binomio “patrimonio cultural”- “medio ambiente” (en el sentido de incluirse recursos naturales y territorio).

Esta “calidad de la vida” (que se vincula al uso racional de los recursos naturales y a la tutela del ambiente) no es un derecho absoluto sino que es un término complejo y ambiguo que se refiere a la vida humana y no a la vida en general. Se extiende tanto a las áreas urbanas como a las rurales significando salud o bienestar, acceso a la cultura y a la naturaleza. Según MARTÍN MATEO<sup>35</sup> los rasgos definitorios de esa categoría como derecho o bien protegido, a los efectos de averiguar su utilidad jurídica, se determinan a través de cinco aspectos: a) un marco físico que ha de reunir unas condiciones mínimas; b) una referencia antropológica, es decir, relacionada al individuo o grupo; c) una satisfacción por parte del Estado de las necesidades básicas del individuo; d) una relevancia ambiental o lo que es lo mismo, relación íntima

---

<sup>32</sup> Esta interrelación hace recordar al art. 9 de la Constitución italiana en donde “La República promoverá el desarrollo de la cultura y de la investigación científica y técnica. Tutelaré el paisaje y el patrimonio histórico de la Nación”.

<sup>33</sup> PÉREZ MORENO, *ob. ult. cit.*, p. 1624.

<sup>34</sup> SALINERO ALONSO, *La Protección del Patrimonio Histórico en el CP de 1.995*, cit., p. 36.

<sup>35</sup> Vid. MARTÍN MATEO, *La calidad de vida como valor jurídico*, en Estudios sobre la CE, LH-García Enterria, t. II, pp. 1445-1450.

con la protección del entorno y concretamente con los elementos esenciales de la biosfera; y e) una preservación de la diversidad genética y la conservación de los recursos renovables (fauna y flora). Para el mencionado autor lo esencial de dicho concepto (calidad de vida) es la promoción del bienestar mediante la utilización racional de los recursos naturales renovables, lo cual supone la adopción de medidas adicionales tendentes a evitar la mayor incidencia de conductas perjudiciales sobre el medio.

Para el mantenimiento y mejora de la calidad de la vida a través de la defensa del medio ambiente y el uso racional de los recursos naturales, los poderes públicos -como garantes- se apoyarán, según el art. 45.2 *in fine* de la CE, en la indispensable “solidariedad colectiva”<sup>36</sup>. Por tanto, será necesaria la colaboración de todos los ciudadanos tanto de los particulares como de los sujetos que ocupan cargos públicos (en los tres niveles estatal, autonómico y local) -éstos en su doble faceta de ciudadanos y funcionarios- dedicados a la protección y defensa del entorno. Esta solidaridad significa asimismo que las personas han de sacrificar parcialmente su particular calidad de vida y su propio ambiente en bien de esos mismos derechos que tienen los demás<sup>37</sup>. En tal sentido, la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, en su Exposición de Motivos, plantea el problema de la contaminación bajo un enfoque de la “corresponsabilidad”, afirmando que si bien los ciudadanos tienen derecho a exigir a los poderes públicos que adopten las medidas necesarias para preservar la pureza del aire dentro de unos límites que no comprometan su salud y la protección del medio ambiente, también en la misma medida se nos debe demandar a todos la obligación de preservar y respetar este recurso natural.

A su vez no es posible obviar la referencia directa que en el texto constitucional se hace a intereses tales como el patrimonio histórico y el uso del suelo (como recurso natural) en los arts. 46 y 47 CE. Según dichos preceptos corresponderá preceptivamente a los poderes públicos garantizar la conservación y preservación del patri-

---

<sup>36</sup> Como afirma PÉREZ LUÑO, en *Las generaciones de Derechos Humanos*, RCEC, nº. 10, p. 211, los derechos de *tercera generación* tienen como principal valor de referencia la solidaridad. Requieren para su realización los esfuerzos y responsabilidades de la comunidad puesto que sólo la cooperación y sacrificio voluntario y altruista de los intereses egoístas hará posible satisfacer plenamente las necesidades y aspiraciones globales comunes relativas entre otras cosas a la calidad de vida o al medio ambiente que inciden universalmente en la vida de todos los hombres”.

<sup>37</sup> Vid. JAQUENOD DE ZSÖGÖN, *El Derecho ambiental y sus principios rectores*, cit., 1991, p. 160; y PRATS CANUT./MARQUES I BANQUÉ/MORÁN MORA, *El Derecho Penal ambiental y Derecho Comunitario. La Directiva IP*, cit., p. 22.

monio cultural español y los bienes que lo integran, indiferentemente de su titularidad, así como la obligación de regular la utilización del suelo de acuerdo con el interés general.

Todos estos intereses (medio ambiente, patrimonio cultural, uso del suelo etc.) se hallan bajo la pauta del art. 9.2 CE, según el cual quedan comprometidos “los poderes públicos a remover los obstáculos que impliquen o dificulten la plenitud de la libertad e igualdad de los individuos” así como “facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Sin duda, como afirma CARBONELL MATEU<sup>38</sup>, una de las misiones que impone ese precepto al legislador ordinario es la protección penal de intereses sociales, como forma de remoción de los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud de la libertad e igualdad.

#### B) La interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

La referencia permanente que se hace dentro de los “principios” rectores de la política social y económica (arts. 39 al 52 CE) a los poderes públicos como un todo (referido a los tres poderes constitucionales del Estado) refleja que es a ellos a los que incumbe el control de todas las materias insertadas en el Capítulo Tercero del Título I CE y que, por tanto, tienen como obligación salvaguardar el adecuado equilibrio entre desarrollo y medio ambiente, la promoción y defensa de la cultura y su patrimonio, la participación ciudadana y otros tanto aspectos allí reflejados.

A todos esos “poderes públicos” les está prohibido cualquier tipo de arbitrariedad pues así se recoge en el art. 9.3, *in fine* de la CE, el cual eleva a rango constitucional dicho principio. Éste representa un pilar básico del Estado de Derecho pues asegura la libertad de los ciudadanos, preservándoles del poder y de la arbitrariedad de la autoridad. La arbitrariedad indicada supone una actuación contraria a la justicia, a la razón o a las leyes dictada por la voluntad o por el capricho, debiéndose identificarse esta interdicción con el principio de igualdad de trato ante la ley (art. 14 de la CE) pues lo prohibido es la arbitrariedad de tratar desigualmente situaciones

---

<sup>38</sup> Vid. CARBONELL MATEU, *En torno a los intereses de titularidad colectiva*, en Protección Internacional del Medio Ambiente y Derecho Ecológico, dir.: De la Cuesta Arzamendi y Fernandez Casadevante, 1987, p. 219.

iguales o viceversa<sup>39</sup>. Asimismo la interdicción a la arbitrariedad es base y esencia del principio de seguridad jurídica en el sentido de que el ciudadano ha de saber a qué atenerse en todo momento<sup>40</sup>. Es precisamente en aras de la seguridad el que se prohíbe, entre otras cosas, la actuación arbitraria de las autoridades y funcionarios públicos que emitan actos administrativos o informes sustancialmente contrarios a las normas, cualesquiera que sea su rango.

Este concepto (arbitrariedad), por lo general, no es identificable con el de “discrecionalidad”. Éste ha de hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso. Por el contrario, lo arbitrario, o no tiene motivación respetable, o la que ofrece lo es tal que escudriñando su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación, su carácter realmente indefinible y su inautenticidad<sup>41</sup>. Por tanto, el concepto de arbitrariedad -como afirma FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>42</sup>- se vincula así en su esencia última al concepto de *motivación*, de la que los humanos no podemos prescindir en cuanto entes de razón, ni en el plano de la argumentación, que es y no puede dejar de ser el del pensamiento (si se piensa con palabras) ni, por supuesto, en el plano del Derecho, es decir, del pensamiento y del razonamiento jurídico. El Derecho siempre exige justificación, demanda razones, siendo su naturaleza la de justificar decisiones y actuaciones. Por tanto, los poderes públicos siempre habrán de explicar y justificar argumentadamente el por qué de sus decisiones: la falta de éstas es lo que les estará prohibido en base al art. 9.3 de la CE.

De esta forma los *poderes públicos*, sometidos rígidamente al derecho, se configuran como un servicio destinado exclusivamente a los ciudadanos, abandonándose la antigua idea de infracciones del deber de confianza y lealtad del funcionario con

---

<sup>39</sup> En tal sentido la STC 71/1993, de 1 de marzo, afirma en su FJ. 2º. que “este Tribunal ha establecido una constante y uniforme doctrina, según la cual el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, protegido por el art. 14 C.E., y conectado con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que consagra el art. 9.3º. de la C.E., significa, en relación con el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que un mismo Juez o Tribunal no puede modificar el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente idénticos, a no ser que se aparte conscientemente de él, ofreciendo una fundamentación suficiente y razonable que motive el cambio de criterio o, en ausencia de tal motivación expresa, resulte patente que la diferencia de trato tiene su fundamento en un efectivo cambio de criterio por desprenderse así de la propia resolución judicial o por existir otros elementos de juicio externo que así lo indiquen”.

Por lo tanto, y consecuentemente, dentro del ejercicio de la potestad administrativa, la Administración, a través de las autoridades o funcionarios públicos, en principio, no debería modificar tampoco el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente idénticos.

<sup>40</sup> VILLAR PALASI/SUÑE LLINAS, *Comentario al art. 9 de la CE de 1.978*, en Comentarios a la CE de 1978, dir. Alzaga Villamil, t. I, pp. 571-574.

<sup>41</sup> STS Sala 3ª. de 12-6-2006 (EDJ 2006/83969).

<sup>42</sup> Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, cit., 1994, p. 160.

respecto al Estado exclusivamente<sup>43</sup>. Es decir, las autoridades y funcionarios tienen como misión esencial no tanto servir al Estado democrático como hacerlo a la ciudadanía.

Es en esa interdicción del art. 9.3, *in fine* de la CE, junto con los arts. 1.1 y 103.1 y 3 de la misma, donde el legislador penal se ha fundamentado *ab initio* para tipificar penalmente las conductas -ilícitas y de mayor gravedad- de los funcionarios públicos como sujetos que desempeñan la misión que la Constitución encomienda a tales poderes públicos. Por tanto, es comprensible que en base a todo ello se haya querido prevenir y castigar penalmente las conductas de dichos servidores públicos que en el desempeño de sus facultades hayan decidido vulnerar el derecho.

Esta interdicción de la arbitrariedad ha de vincularse igualmente con el art. 106.1 CE, según el cual “los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”. En este sentido, no cabe duda que el control de la legalidad de los actos de los órganos de la Administración Pública corresponde a los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Sin embargo, este control no debe ser confundido con el enjuiciamiento por los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional penal de las personas que, ocupando y desempeñando las funciones propias de órganos de la administración, incurren en conductas que revisten caracteres de delito. Los jueces y tribunales están llamados a juzgar a las autoridades y funcionarios que presuntamente hayan realizado un hecho penalmente típico, pero no lo hacen en el ejercicio de la función controladora establecido en el art. 106.1 de la C.E., sino en el ejercicio de la potestad jurisdiccional *genérica* que atribuye a todos los jueces y tribunales el art. 117.3 de la CE, destinada en el caso del orden jurisdiccional penal a hacer efectivo el mandato de aquel “sometimiento de ciudadanos y poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, que establece y proclama el art. 9.1 de la CE. Por consiguiente, la función de los Jueces y Tribunales penales no es controlar la administración pública, sino que sencillamente es declarar cuando procede ejercer el “ius puniendi” del Estado contra la persona -autoridad o funcionario público- que se ha desviado en su comportamiento de la legalidad realizando el hecho penalmente típico y que, por tanto, actúan en contra de

---

<sup>43</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, *La nueva regulación de los delitos de los Funcionarios en el CP de 1995: la prevaricación*, CDJ nº. XXX, 1996, pp. 16-17.

los principios de objetividad, imparcialidad que le incumben no actuando en servicio a la comunidad según les está encomendado<sup>44</sup>.

C) La referencia de los arts. 45.3 y 46 de la CE al uso de la vía penal en los delitos relativos al medio ambiente y al patrimonio cultural, y el alcance del art. 47 de la CE.

Dentro del núcleo esencial anteriormente aludido de la CE, sus artículos 45, 46 y 47 representan el punto álgido de la defensa del medio ambiente, el patrimonio cultural y el uso del suelo (en su acepción de ordenación territorial), como intereses colectivos, los cuales se constituyen de forma autónoma frente al bien jurídico individual, teniendo su propia referencia material a la hora de tipificarse los ataques o puesta en peligro efectuados contra los mismos<sup>45</sup>. Sin embargo, en dos de estas normas se constata la introducción de unas cláusulas penales que han dado lugar a un intenso debate doctrinal. En efecto, el art. 45.3 CE (referido esencialmente al medio ambiente) impone la obligación al legislador penal de establecer sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado tanto a los que violen el derecho a disfrutar de un *entorno* adecuado como a los que permitiesen la utilización irracional de los recursos naturales. A su vez, el art. 46 CE -que tiene su antecedente en el art. 45 de la Constitución de la República española de 1.931<sup>46</sup>- indica al poder legislativo ordinario la imposición de leyes penales para los sujetos que pongan en peligro o ataquen la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España. Por el contrario, el art. 47 CE *sólo* exige a los poderes públicos una regulación normativa tendente a una utilización del suelo (lo que se ha denominado ordenación del territorio) de acuerdo con el interés general para impedir la especulación sin indicar cláusula punitiva alguna, lo cual no

---

<sup>44</sup> Vid al respecto SSTs de 18-5-1999 (EDJ 1999/7983) y de 28-3-2006 (EDJ 2006/337351), ésta última relativa al Conjunto histórico artístico de la Ciudad de Tui, expuesta como Caso 11) en la Introducción de este trabajo.

<sup>45</sup> SALINERO ALONSO, *La Protección del Patrimonio Histórico en el CP 1995*, cit., p. 177.

<sup>46</sup> Según éste quedaba estipulado que “Toda riqueza artística e histórica del país, sea quien fuere su dueño, constituye tesoro cultural de la Nación y estará bajo la salvaguardia del Estado, que podrá prohibir su exportación y enajenación y decretar las expropiaciones legales que estimare oportunas para su defensa. El Estado organizará un registro de la riqueza artística e histórica, asegurará su celosa custodia y atenderá su perfecta conservación”.



debe entenderse que suponga un menor rango de protección constitucional. En efecto, la referencia en este precepto al uso del suelo -como indudable recurso natural que es- se engarza con el contenido del art. 45.2 de la CE el cual sí tiene ya mandato de sanción penal o administrativa<sup>47</sup>. En cualquier caso las cláusulas penales de los arts. 45.3 y 46 CE suponen un mandato real y de efectividad que imponen a los poderes públicos unas funciones positivas de acción directa y dinámica, dejando únicamente a criterio del legislador ordinario frente a qué ataques o riesgos se deberá actuar<sup>48</sup>.

Sin embargo, siguiendo la doctrina penal mayoritaria<sup>49</sup>, hay que considerar que la tutela penal de estos bienes colectivos a los que se refiere esta tesis deriva esencialmente de los presupuestos y valores constitucionalmente acogidos y no tanto del reconocimiento punitivo expreso llevado a cabo en los arts. 45.3 y 46 CE<sup>50</sup>. La tipificación de conductas atentatorias contra el medio ambiente, el patrimonio cultural y la ordenación del territorio se habría producido aún incluso con la ausencia de dichas cláusulas punitivas, puesto que el legislador penal debe tener capacidad y autonomía suficiente para hacer *per se* su selección de bienes a protegerse, y desde luego los bienes mencionados tienen la cualidad y cumplen los requisitos necesarios para ser considerados como bienes jurídicos, como valores dignos, susceptibles y necesitados de tutela penal<sup>51</sup>.

Conviene preguntarse las razones que fundamentan ese énfasis proteccionista que el constituyente hace respecto a estos bienes colectivos *ambientales*. GUIASOLA

---

<sup>47</sup> En contra PRATS CANUTS. Éste autor delimita el medio ambiente a lo que son recursos naturales en sentido estricto, excluyendo del art. 45 CE al suelo. A su vez señala que no es posible que “la utilización del suelo” sea penalmente tutelada porque el art. 47 CE no dice nada al respecto interpretando ese silencio en sentido negativo. Vid. *Análisis de algunos aspectos problemáticos de la protección penal del medio ambiente*. Ponencia presentada a las Jornadas sobre La protección penal del medio ambiente. Agencia del Medio Ambiente, CODA/AEDENAT, 1990, p. 65.

<sup>48</sup> PÉREZ MORENO, *El postulado constitucional de promoción y conservación del Patrimonio Histórico y Artístico*, en Estudios sobre la CE, LH-García de Enterría, t. II, p. 1633.

<sup>49</sup> GARCÍA PLANAS, *El delito urbanístico*, cit., p. 35; ARIAS EIBE, *El patrimonio cultural. La nueva protección en los arts. 321 a 324 del CP 1995*, cit., p. 14 y ss.; y GUIASOLA LERMA, *Delitos contra el patrimonio cultural*, cit., p. 256.

<sup>50</sup> Como afirma ESCOBAR ROCA, en *La Ordenación Constitucional del Medio Ambiente*, 1995, cit., p. 72, lo que realmente conecta al medio ambiente, al patrimonio histórico y a la ordenación del suelo con los postulados constitucionales y lo que les confirma como bienes jurídicos es que se revelan como consecuencia inevitable de las exigencias que emanan de un Estado que se califica de “Social”: que luego haya un reconocimiento expreso de tales bienes en los arts 45 y 46 CE, no es sino una ratificación de este hecho y de la relevancia social del interés.

<sup>51</sup> En este sentido FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, p. 472 y ss.

LERMA<sup>52</sup> destaca esencialmente dos: a) por un lado, la ubicación de los arts. 45 y 46 CE entre los principios rectores de la política social y económica determina que su alcance y eficacia jurídica con respecto a los poderes públicos (art. 53.3) sea menor que en el caso de los derechos y libertades fundamentales (los cuales gozan de las máximas garantías que se pueden ofrecer) y por ello se entendería que necesitan reforzar su tutela<sup>53</sup>; y b) por otro lado, se pretende resaltar ante la sociedad la relevancia intrínseca del medio ambiente, el patrimonio cultural y el uso del suelo y zanjar las dudas que pudieran surgir precisamente por no encontrarse entre los bienes personalistas que gozan tradicionalmente de la protección penal y cuya protección reclama la sociedad<sup>54</sup>.

Un significativo sector doctrinal ha entendido que este excepcional mandato punitivo de los arts. 45.3 y 46 CE es innecesario, pues los tipos penales no necesitan de “clavo o escarpia alguna en la Constitución de los que ser colgados”<sup>55</sup>. En efecto, no sólo afirman que en ninguno de los textos constitucionales comparados, en donde también se protegen estos bienes, existe disposiciones semejantes, sino que consideran un exceso del constituyente la técnica de obligar al legislador ordinario a tutelar penalmente determinados bienes, entendiendo que sería preferible que no se consagrasen objetos de protección en la ley fundamental<sup>56</sup>. En este sentido lo indudable es que todas las conductas ilícitas que ataquen frontal y gravemente los derechos y las libertades consagrados en las Secciones 1ª. y 2ª. del Capítulo 2º. del Título I pueden ser incluidos en el Libro II del CP sin necesidad de que se inserten en preceptos constitucionales cláusulas como a las que me estoy refiriendo.

---

<sup>52</sup> GUIASOLA LERMA *Delitos contra el Patrimonio Cultural*. Arts. 321-324, cit., p. 255.

<sup>53</sup> En mi opinión este argumento es insuficiente pues en la misma coyuntura se encuentran otros derechos esenciales para los ciudadanos como por ejemplo el derecho a la protección de la salud del art. 43.1 CE incluido dentro de los “Principios rectores de la política social y económica”, sin que se halla fijado en el mismo cláusula punitiva expresa alguna. Ello no impide que en el CP se hallan tipificados numerosos delitos tendentes a la protección de la salud pública (arts. 359 y ss.).

<sup>54</sup> En sentido similar a esta “concienciación ciudadana colectiva”: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *El medio ambiente en la Constitución*, DA nº. 190, 1981, p. 348; PORTILLA CONTRERAS, *Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos*, CPC nº. 39, 1989, p. 741; PRATS CANUT/MARQUES I BANGUÉ/MORÁN MORA, *El Derecho penal ambiental y Derecho comunitario. La Directiva IP*, cit., p. 22; y GONZÁLEZ RUS, *Puntos de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico*, ADPCP, nº. 45, 1995, p. 40.

<sup>55</sup> Expresión utilizada por ALZAGA VILLAAMIL. Vid *Comentario al art. 45.3 de la CE de 1978*, en *Comentario al art. 45 de la CE de 1978*, p. 326.

<sup>56</sup> Por todos, VAELO ESQUERDO, *La defensa del patrimonio Histórico-Artístico y el Derecho penal*, en *Derecho y Proceso*, LH-Martínez Bernal, p. 77; Y FERRE OLIVE, *El delito contable*, cit., p. 33.

En cualquier caso lo que está claro es que con las cláusulas de los arts. 45.3 y 46 CE se ha dado en buena medida solución a todas las dudas acerca de si el medio ambiente, los recursos naturales y el patrimonio cultural tienen relevancia como objeto de atención jurídico-penal; si alguna controversia pudiera seguir existiendo acerca de la necesidad o no de tutela penal en dichos campos, el vigente texto constitucional español ha resuelto la cuestión en sentido positivo.<sup>57</sup>

El mandato penal que se realiza en los arts. 45.3 y 46 CE debe entenderse, obviamente, que se hace salvaguardando los principios esenciales del Derecho penal puesto que no se puede pretender que éste sea la panacea por la que se pretenda solventar las agresiones ambientales. Es decir, sólo puede operar como *ultima ratio* y con carácter subsidiario a otras ramas del Derecho y en caso de los ataques o puestas en peligro más graves. Al respecto es llamativo que el art. 45.3 CE no establezca en primer lugar la fijación de sanciones administrativas y posteriormente y, en su caso, las penales, sino que a éstas les otorgue preferencia cuando debería ser todo lo contrario. Tampoco es admisible que el art. 46 CE señale exclusivamente la fijación de leyes penales sancionadoras obviando las sanciones administrativas.

Asimismo la constitucionalización de “la obligación de reparar el daño producido” del art. 45.3 de la CE era innecesaria pues recoge un principio elemental del Derecho penal que nuestro actual Código recoge en los arts. 110 a 115.

### **III) El principio de unidad del ordenamiento jurídico como criterio esencial interpretativo en los tipos penales objeto de estudio.**

De la conjunción y contenido de los arts. 9.1 de la CE y 5.1 de la LOPJ se constata que la ley y todas las normas del sistema jurídico habrán de interpretarse conforme a nuestra Carta Magna. Esta es la base y fundamento del principio de la unidad del ordenamiento jurídico. Como afirma DE OTTO<sup>58</sup>, ya que la Constitución fun-

---

<sup>57</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente*, DJ, nº. 37/40, vol. II, 1983, p. 833.

<sup>58</sup> DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, cit., p. 80.

damenta la validez de todo el ordenamiento<sup>59</sup>, las normas que lo integran no pueden contradecirse entre sí, y si en la realidad se produce esa contradicción, el conocimiento jurídico está obligado a eliminarla, pues le está lógicamente vedado el formular como descripción de normas dos proposiciones contrarias entre sí. Asimismo, este principio supone la exigencia de que, de ser posible, las normas se interpreten de modo que la contradicción no se produzca.

Esta unidad del ordenamiento jurídico habrá de tenerse en cuenta -dada su esencial trascendencia- a la hora del análisis pormenorizado de los arts. 320, 322 y 329 CP, ya que éstos no se podrán interpretar en el sentido de que penalicen conductas que pudieran estar consentidas por otras ramas del derecho, especialmente por el Derecho administrativo.

En los campos ambiental, urbanístico o en el relativo al patrimonio histórico se produce tanto una confluencia de sistemas de protección (penal, administrativo e incluso civil) como un desdibujamiento de las fronteras entre unos y otros, que genera problemas de deslinde entre tales responsabilidades, lo cual redundará en una difícil plasmación del principio jurídico penal de necesidad de la intervención, pues es difícil determinar la entidad del ataque que corresponde resolver con el ilícito penal y cual es imputable al ilícito administrativo. En ese sentido es necesario un consenso para evitar que lo que sea lícito para la Administración. -en este caso ambiental o urbanística- sea ilícito para la jurisdicción penal, rompiéndose las mínimas garantías propias de la seguridad jurídica<sup>60</sup> y obviando dicho principio de unidad del ordenamiento jurídico<sup>61</sup>.

Por tanto, esta unidad del ordenamiento jurídico y su derivado (cual es el principio de ausencia de contradicción en el sistema) ha de ser un límite a la amenaza penal de los comportamientos que explícitamente tolera aquella intervención: es decir, no podrá prohibirse penalmente lo que está administrativamente permitido; o lo que

---

<sup>59</sup> Conviene recordar que dentro de ese ordenamiento jurídico cuya unidad es reclamada se encuentra el Derecho Comunitario de la Unión Europea según lo dispuesto en los arts. 93 y 96 de nuestra Constitución. En igual sentido el art. 249 de los Tratados Consolidados de la Unión Europea establece que son obligatorios y directamente aplicables para estado miembro los reglamentos que adoptare la Unión.

<sup>60</sup> Como señala JORGE BARREIRO, en *El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995*, cit., p. 33, la accesoriedad administrativa asegura la unidad del ordenamiento jurídico, y excluye, por tanto, que lo tolerado por el Derecho administrativo pueda transformarse en un riesgo jurídico-penalmente relevante, así como garantiza la seguridad jurídica, en cuanto permite fijar un claro límite entre lo lícito y lo ilícito.

<sup>61</sup> PRATS CANUT, *Responsabilidad penal de las autoridades y funcionario municipales en materia ambiental*, Cuadernos Jurídicos nº. 27, 1995, pp. 34-36.

es lo mismo, las actuaciones legalmente autorizadas por la Administración no pueden ser en sí mismas incriminadas. Así se entenderá que cuando el legislador penal de 1.995 tipificó los arts. 320, 322 y 329 CP no podía ignorar lo legislado administrativamente en las materias ambiental, urbanística o relativa al patrimonio histórico<sup>62</sup>. Esto tiene una especial relevancia en relación con estos tipos penales funcionariales, ya que, al ser normas penales en blanco, precisarán una adecuada coordinación y ajuste entre ambas ramas del ordenamiento jurídico.

### **§ 3. La responsabilidad funcionarial en el marco jurídico-penal.**

#### **I. Los Poderes públicos y la genérica posición de garante de las Autoridades y Funcionarios públicos. Las garantías de protección y de control.**

Continuando dentro del contexto en el que se mueve toda la problemática de la regulación penal de la responsabilidad de los funcionarios *ambientales*, han de indicarse una serie de notas breves respecto a la trascendencia que tienen los poderes públicos al respecto y las pautas por las que han de regirse, ya que la Administración pública constituye el agente más destacado en la gestión ambiental (en un sentido amplio)<sup>63</sup>.

La gestión de la ordenación del territorio, del patrimonio histórico y del medio ambiente, por su propia naturaleza, está vinculada a los intereses colectivos y ejercitada, inicialmente, por los órganos de titularidad pública (estatales, autonómicos o locales) los cuales están sometidos a dos principios básicos e ineludibles: 1) el de objetividad (art. 103.1 CE) en el sentido de que han de servir los intereses generales según la ley y el Derecho, es decir, se trata, según VIRTO LARRUSCAIN, de un “poder

---

<sup>62</sup> En tal sentido, DE LA MATA BARRANCO, *Art. 320.1: prevaricación específica en el caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas*, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, 1998, p. 131.

<sup>63</sup> MARTÍNEZ MARTÍN, *Las funciones de las Administraciones Públicas en el medio ambiente: intento de sistematización*. DA, nº. 190, 1981, p. 294.

u organización servicial vicario al servicio de la Comunidad”<sup>64</sup>; y 2) el de imparcialidad en el ejercicio de sus funciones (103.3 CE) en el sentido de falta de designio previo para favorecer o perjudicar a las personas.

Derivados de los arts. 45, 46 y 47 de la CE -según se dijo con anterioridad- los poderes públicos han de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, por garantizar la conservación y promoción del patrimonio cultural y por regular la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. Esto supone, desde un punto de vista genérico, que el funcionario público ostenta, en principio, una posición de garante. Este deber impuesto a los funcionarios públicos por la Administración repercute de modo evidente a la hora de configurar las posiciones jurídicas individuales de dichos servidores públicos. Por tanto, este deber de protección de un bien jurídico (ya sea la ordenación del territorio, el patrimonio histórico o el medio ambiente) frente a los peligros que puedan amenazarlo incumbe a los funcionarios públicos respecto del peligro de lesión de tales bienes jurídicos, dentro del marco de su competencia. De ahí que el funcionario genéricamente esté “jurídicamente obligado” a evitar que se produzca el resultado de riesgo o lesión respecto de esos bienes jurídicos<sup>65</sup>.

Los poderes públicos garantizan su misión de vigilancia a través de una serie de medios o funciones que podríamos sintetizar en tres, las cuales han de realizarse de manera simultánea y combinadamente, formando una unidad de acción pública en el sector pertinente (en el caso que interesa sería ordenación del territorio, patrimonio histórico y ambiente)<sup>66</sup>:

---

<sup>64</sup> Vid. VIRTO LARRUSCAIN, *El delito de prevaricación del funcionario público*, en *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, p. 121.

Por el contrario, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, en *Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*, LH-Casabó Ruiz, vol. II, 1997, p. 371, no cree que pueda afirmarse que la función de la Administración en general, en la que se materializan las tres actividades diferentes desempeñadas por los tres poderes del Estado, sea servir a los que administran.

<sup>65</sup> VICENTE MARTÍNEZ, *Responsabilidad Penal del Funcionario Público por Delitos contra el Medio Ambiente*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho UCM, 1993, p. 84.

Desde un punto de vista jurídico-penal, como afirma DE LA MATA BARRANCO, en *La obligación de control de la Administración en relación a delitos cometidos por particulares. El ejemplo de los delitos contra el ambiente*, *cit.*, p. 397, lo importante es que exista una vinculación entre un sujeto y el bien jurídico protegido por el tipo a aplicar, que hará surgir la situación de garantía tanto cuando existe la obligación de proteger determinados bienes jurídicos porque se es custodio de ellos, como cuando se tiene que controlar una determinada fuente de peligro para evitar que éste se materialice en un resultado negativo para el la ordenación del territorio, patrimonio histórico o medio ambiente.

<sup>66</sup> Vid. al respecto VICENTE MARTÍNEZ, *ob. ult. cit.*, p. 64-67; MARTÍNEZ MARTÍN, *Las funciones de las Administraciones Públicas en el medio ambiente: intento de sistematización*, DA n.º. 190, 1981, pp. 298-331; y DE LA MATA BARRANCO, *ob. ult. cit.*, p. 398.

a) La primera vendría determinada por su función normativa, que se llevaría a cabo mediante medidas correctoras imponiendo normas o reglas de obligado cumplimiento para los particulares o bien a través de pactos o conciertos entre la Administración y empresas, que se subordinarían a las reglas generales impuesta por el poder público.

b) En segundo lugar hay que destacar la función de policía o de control, que es la principal actividad de los poderes públicos en las materias *ambientales* a las que se refiere esta investigación. Esta función tiene como finalidad la de prevenir y disuadir con carácter general la posibilidad de agresiones al entorno y sancionar y reprimir cuando estas agresiones se puedan producir. No sólo ha de llevarse a cabo esta misión al inicio de la actividad, sino que deben de persistir durante el tiempo en que se ejerza la misma. Esta actividad de policía se efectúa a través de dos tipos de controles: por un lado con controles permanentes a través de la observación de los niveles de contaminación atmosférica, de deterioro del suelo etc. etc., es decir, por acciones inspectoras de la Administración; y por otro lado, mediante controles no permanentes, cuyas fórmulas más usuales son las autorizaciones, licencias, concesiones de uso, fijación de estándares de calidad por actividad, estudios de impacto ambiental etc. Este tipo de controles es el preferente en España<sup>67</sup>.

c) Por último, hay que mencionar la función de vigilancia que han de llevar a cabo los poderes públicos, la cual es complementaria a la anterior, y que ha de consistir en el control del riesgo permitido frente a la aparición de riesgos no autorizados.

Entender estos sistemas de control de los poderes públicos es vital para el posterior análisis de la responsabilidad penal de las autoridades y funcionarios públicos competentes en estas materias, pues no hemos de olvidar que son aquéllos los que realizan la función de informar y otorgar las licencias pertinentes en el ejercicio de sus funciones publicas, y son ellos mismos los que han de verificar la existencia o no de actividades contaminantes y/u ofensivas contra la ordenación del territorio, patrimonio cultural o medio ambiente. Una actitud manifiestamente irregular y conocida de aquellos servidores públicos al respecto puede dar lugar a la realización de los tipos penales que son objeto de estudio.

---

<sup>67</sup> MARTÍNEZ MARTÍN, *ob. ult. cit.*, p. 310.

## II. La relevancia de la Ley 16/2002, de 1 de julio, sobre Prevención y Control Integrado de la Contaminación, en los tipos penales objeto de análisis.

Siguiendo con los criterios preventivos que deben predominar en el ámbito del medio ambiental, la Unión Europea aprobó la Directiva 96/61/CE, del Consejo, de 24 de septiembre, referida a la prevención y al control integrado de la contaminación (IPPC), con la cual se pretendía establecer medidas para evitar o reducir la emisión de actividades contaminantes en la atmósfera, el agua y el suelo. Dicha normativa comunitaria se transpone en nuestro ordenamiento mediante la importante Ley 16/2002, de 1 de julio, de carácter claramente administrativo y que tiene la consideración de legislación básica sobre protección del medio ambiente según el art. 149.1.23 CE.

Lo primero que interesa destacar es que dicha norma es aplicable únicamente a las instalaciones de titularidad pública o privada en las que se desarrolle alguna de las *actividades industriales* incluidas en las categorías enumeradas en el Anexo 1 de la citada Ley<sup>68</sup>. Es decir, desde un punto de vista estricto sólo afectará a lo que son propiamente actividades relativas al medio ambiente (a las que se refieren el art. 329 CP) pero no a las materias relativas a la ordenación del territorio o al patrimonio histórico.

En este aspecto son significativas las novedades que se han establecido en esta disposición legal, dada la indudable repercusión que puede tener en las autoridades y funcionarios públicos con competencias ambientales a los efectos de una previsible responsabilidad penal. Las más relevantes a los efectos de esta investigación son las siguientes:

1. Se establece la autorización o licencia ambiental integrada (cuyo otorgamiento compete al órgano designado por la Comunidad Autónoma pertinente), que deberá ser siempre por escrito, la cual sustituye y aglutina al conjunto disperso de autorizaciones de carácter ambiental exigibles hasta el momento<sup>69</sup>. Tiene como

---

<sup>68</sup> Así lo establece expresamente el art. 2 de dicha Ley. Dicho Anexo I se refiere a Instalaciones de combustión, producción y transformación de metales, industrial minerales, industrias químicas, gestión de residuos, industrias de papel y cartón, industria textil, industria del cuero, industrias agroalimentarias y explotaciones ganaderas, consumo de disolventes orgánicos e industrias del carbono.

<sup>69</sup> Esta autorización integrada no debe identificarse con licencia única. Lo que debe garantizarse es la coordinación de los procedimientos cuando intervienen distintas autoridades competentes. Vid. PRATS



finalidad -entre otras- la de disponer de un sistema de control de la contaminación que integre en un sólo acto de intervención administrativa todas las autorizaciones ambientales existentes en materia de producción y gestión de residuos.

2. En dicha autorización ambiental integrada se deberá fijar los valores límite de emisión de las sustancias contaminantes teniendo en cuenta “las mejores técnicas disponibles”.
3. Para la concesión de la autorización ambiental integrada se establece un procedimiento específico y riguroso que comprenderá los siguientes trámites: a) Solicitud del interesado; b) Análisis previo de la documentación presentada y, en su caso, requerimiento al solicitante para que, en plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos exigidos c) Información pública; d) Solicitud de informes (entre los cuales deberá obrar un informe urbanístico del Ayuntamiento en cuyo territorio se ubique la instalación) y declaración de impacto ambiental, en su caso; e) Propuesta de resolución; f) Audiencia a los interesados; g) Traslado a los órganos competentes para emitir informes vinculantes en trámites anteriores; h) Resolución, i) y, finalmente, notificación y publicidad.

Este procedimiento para el otorgamiento de la autorización ambiental integrada<sup>70</sup> sustituirá al procedimiento para el otorgamiento de la licencia municipal de actividades clasificadas regulado por el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, que aprobó el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas<sup>71</sup>, salvo en lo referente a la resolución definitiva de la autoridad municipal. Esto se debe a que la gran mayoría de los trámites del procedimiento de la licencia municipal de actividades clasificadas encajan de una forma casi literal

---

CANUT/MARQUES I BANQUÉ/MORÁN MORA, *El Derecho Penal ambiental y Derecho Comunitario. La Directiva IP*, 2002, p. 64.

<sup>70</sup> Como dispone el art. 11.2 de la Ley 16/02, de 1 de julio, el otorgamiento y las modificaciones pertinentes de la “autorización ambiental integrada” siempre precederá a cualquier otra licencia o autorización que sea obligatoria.

<sup>71</sup> Hay que indicar que dicho reglamento 2414/1961 (el conocido RAMINP) ha sido derogado por la Disposición derogatoria única de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera (BOE) nº. 275 de 16 nov. 2007, p. 46962). Sin embargo, esta disposición derogatoria dispone en su número uno párrafo segundo que “*no obstante, el citado Reglamento mantendrá su vigencia en aquellas comunidades y ciudades autónomas que no tengan normativa aprobada en la materia, en tanto no se dicte dicha normativa*”.

La citada Ley 34/2007 se complementa con la Ley 16/2002 sobre prevención y control integrados de la contaminación. En efecto, las instalaciones incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 26/2002 sólo estarán sometidas a la llamada “autorización ambiental integrada” quedando al margen -y por tanto excluidas- de las autorizaciones previstas en los arts. 13 y 14 de la antedicha Ley 34/2007.

en el procedimiento de otorgamiento de la autorización ambiental integrada. En todo caso, esta última autorización (integrada) será, en su caso, vinculante para la autoridad municipal cuando implique la denegación de licencias o la imposición de medidas correctoras, así como en lo referente a todos los aspectos medioambientales recogidos en el artículo 22 de la Ley 16/02 (relativo al contenido mínimo que debe recoger la autorización ambiental integrada).

En este sentido se considera imprescindible la cooperación administrativa a los efectos de coordinar los procedimientos de concesión de este tipo de permisos cuando intervengan varias Administraciones<sup>72</sup>

4. El tiempo máximo para resolver estas licencias o autorizaciones integradas será de 10 meses, pasado el cual sin haberse notificado resolución expresa se entenderán desestimadas. No cabrá, por tanto, el silencio positivo en este aspecto.
5. Las autorizaciones ambientales integradas se concederán por un plazo máximo de ocho años y se renovarán por períodos sucesivos, previa solicitud del interesado, con la peculiaridad de que, en estos casos, si el órgano competente no contesta a la solicitud de renovación de la autorización dentro de plazo previsto (establecido en 10 meses), ésta sí que se entenderá estimada por silencio positivo y la renovación se entenderá por producida.
6. En el caso de que se produzcan modificaciones en la instalación con posterioridad a su autorización, se establecen determinadas obligaciones, de forma que, si esa modificación tiene la consideración de sustancial, no se podrá llevar a cabo hasta contar con una nueva autorización ambiental integrada, mientras que en el resto de los casos bastará con una comunicación al órgano autonómico competente.
7. La autorización ambiental integrada puede ser modificada de oficio en aquellos supuestos en que, aun sin modificarse las condiciones técnicas de la instalación, la contaminación que produzca haga conveniente revisar los valores límite de emisión como consecuencia de cambios en las mejores técnicas disponibles o cuando razones de seguridad hagan necesario emplear otras técnicas. Igualmente, podrá modificarse de oficio la autorización ambiental integrada cuando el Orga-

---

<sup>72</sup> En la misma línea la Exposición de Motivos de la Ley 34/2007, sobre calidad del aire, enfatiza respecto a la “necesaria cooperación y colaboración inter-administrativa para asegurar la eficacia y coherencia de sus actuaciones y evitar disfunciones o carencias, especialmente en los supuestos en que la contaminación atmosférica afecte a un ámbito territorial superior al de un municipio o una comunidad autónoma”.

nismo de cuenca correspondiente estime que concurren causas para ello, de acuerdo con lo establecido en la legislación de aguas.

Por tanto, parece claro que, en principio, habrá mucha menos tolerancia administrativa y mucho mayor control que respecto al pasado, sin perjuicio de la tendencia actual a la “autorregulación” de la contaminación de las instalaciones públicas o privadas sobre la que me referiré al hablar de la función pública en el contexto de los arts. 320, 322 y 329 CP<sup>73</sup>.

8. Evidentemente, las anteriores causas de modificación de la autorización ambiental integrada son independientes de la posibilidad de revocación total o parcial de la misma tras la incoación del correspondiente expediente sancionador, y no darán derecho a indemnización alguna.
9. Se establece un sistema de coordinación con respecto al procedimiento de evaluación de impacto ambiental en el sentido de que no podrá otorgarse la autorización ambiental integrada sin que previamente se haya dictado dicha declaración de impacto ambiental.

El establecimiento de este nuevo modelo sobre el régimen de autorizaciones administrativas ambientales ha de tener especial trascendencia a los efectos de determinar la responsabilidad penal de las autoridades y funcionarios en la materia ecológica (es decir, la aplicabilidad del art. 329 CP, que es al que, en principio, afectará la Ley 16/2002), pues al regular de forma específica las distintas modalidades de permiso ambiental se determina con más claridad el ámbito de las obligaciones funcionariales y puede permitir establecer más fácilmente si se ha producido o no infracción de las mismas. Por tanto la nueva regulación introduce certeza frente a la anterior regulación, lo cual debe ser valorado positivamente<sup>74</sup>.

No se puede olvidar que sobre los citados funcionarios públicos, recaen funciones de control e inspección de las actividades susceptibles de comportar riesgos ambientales, y que será en relación a estas autorizaciones integradas -o sus renovaciones- o sobre los informes que les compete realizar o las inspecciones que les incumben, sobre los que esos funcionarios públicos podrán incurrir en responsabilidad criminal.

---

<sup>73</sup> Vid. DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada, passim*, Marcial Pons, Madrid 2005.

<sup>74</sup> PRATS CANUT/MARQUES I BANQUE, *ComCP, PE*, 5ª. ed. 2008, cit. p. 140. Vid. asimismo, PRATS CANUT/MARQUES I BANQUÉ/MORÁN MORA, *El Derecho Penal ambiental y Derecho Comunitario. La Directiva IP*, p. 173.

Entre la relación de la Ley 16/2002 y el art. 329 CP surge un importante problema derivado de que aquella Ley remite expresamente la actividad inspectora y de control al ámbito competencial de las Comunidades autónomas<sup>75</sup>. Si tomamos como referencia a la Comunidad Autónoma de Cataluña -que es la que ha transpuesto la directiva IPPC a través de la Ley autonómica 3/1998, de la Generalitat de Cataluña, de 27 de febrero-, nos encontraremos que serán las Entidades Colaboradoras de la Administración (ECAs) las que asumen tanto las actuaciones de control inicial de carácter general, como las actuaciones de control periódico de carácter ambiental y, por tanto, sus comportamientos son susceptibles de ser incardinados en las distintas modalidades típicas del art. 329 CP. En este sentido, éste último delito abre una nueva brecha que pone de manifiesto la poca previsión que se tuvo en la redacción del precepto, ya que la responsabilidad de las ECAs debía haberse previsto de forma expresa en el tipo penal<sup>76</sup>. Por el contrario hay que reseñar que la responsabilidad penal del personal de las ECAs no podrá ser vía del art. 329 CP, al no reunir la condición de funcionarios, pero sí a través del tipo básico del art. 325.1 CP a título de autor o partícipe (o en su caso al art. 328 CP)<sup>77</sup>.

### **III. Consideraciones de Derecho comparado respecto a la responsabilidad funcional en los delitos contra la ordenación del territorio, protección del patrimonio histórico y el medio ambiente.**

Lo primero que hay que constatar al respecto es el carácter novedoso que tiene el sistema penal español respecto a estas responsabilidades funcionariales específicas, que no tiene equivalente con ningún otro sistema de nuestro entorno. En efecto,

---

<sup>75</sup> En efecto, así lo estipula taxativamente el art. 30 de la citada Ley 16/02 cuando afirma: 1. Las Comunidades Autónomas serán las competentes para adoptar las medidas de control e inspección necesarias para garantizar el cumplimiento de esta Ley, sin perjuicio de la competencia estatal en esta materia respecto de los vertidos a cuencas intercomunitarias. 2. Los resultados de las actuaciones de control e inspección deberán ponerse a disposición del público, sin más limitaciones que las establecidas en la legislación sobre el derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente.

<sup>76</sup> En tal sentido obsérvese como el art. 422 CP amplía el radio de acción de los delitos de cohecho a los jurados, arbitros, peritos, o cualesquiera personas que participan en el ejercicio de la función pública.

<sup>77</sup> PRATS CANUT/MARQUES I BANQUE, *ob. ult. cit.* p. 140.

según hemos ido viendo en los anteriores epígrafes, nuestra CE ha conformado la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y los recursos naturales y medio ambiente de una forma un tanto autónoma entre sí (pese a los vínculos que se observan existen entre ellos), que posteriormente se ha trasladado de la misma forma al enunciado del Título XVI del Libro II de nuestro vigente CP (con la introducción de tres diferentes capítulos relativos a cada uno de los tres bienes jurídicos protegidos), cosa que no sucede en los modelos extranjeros observados. Por ello no existen delitos, en los códigos punitivos extranjeros relevantes, equiparables a los que son objeto en esta investigación<sup>78</sup>. A su vez también se observa que en ninguno de dichos Códigos se vienen a tutelar expresamente de manera independiente bienes colectivos como la ordenación del territorio o el patrimonio histórico o cultural.

A la hora de analizar -muy brevemente- el Derecho comparado en relación a la responsabilidad penal de estos funcionarios públicos *ambientales*, no puede dejar de hacerse una referencia, aparte de al Código Penal francés, a las regulaciones penales de Alemania e Italia, teniendo en cuenta la influencia que han tenido en la ciencia jurídico penal española.

### **A) Alemania.**

El Código Penal alemán (StGB) ha introducido en su Parte Especial una Sección -la Vigésimonovena- titulada “Hechos punibles contra el medio ambiente”, compuesta por trece preceptos<sup>79</sup>, en los que se constata una muy clara dependencia del Derecho penal respecto del Derecho administrativo puesto que la mayoría de los preceptos vinculan su realización a la obtención de una autorización administrativa particular o a la infracción de las condiciones estipuladas en ella (accesoriedad del

---

<sup>78</sup> En el futuro y en caso de que finalmente llegase a aprobarse la Directiva europea relativa a “la Protección del Medio Ambiente por medio del Derecho Penal” esta situación podría verse afectada dado el interés de aproximar los ordenamientos jurídicos penales en los Países miembros de la Unión.

<sup>79</sup> Referidos a la contaminación de aguas, suelos y aire, causación de ruidos vibraciones y radiaciones ionizantes, manejo no autorizado de desechos peligrosos, operación no autorizable de plantas, manejo no autorizado con materiales radioactivos y otras sustancias o bienes peligrosos y puestas en peligro de áreas necesitadas de protección.

acto)<sup>80</sup>. Por el contrario, en nuestro Código se requiere la infracción de una norma general (accesoriedad de la norma). Es decir, mientras que en nuestro país es necesario, a nivel ambiental -y buen ejemplo de ello es el art. 325 CP-, que el sujeto activo del delito ecológico, entre otros elementos típicos, “contravenga disposiciones legales de carácter general ambiental”, independientemente de que pudiera contar o no con una supuesta autorización de los poderes públicos para contaminar, en el país germánico lo esencial será estar en disposición de una licencia y cumplir las exigencias de ésta.

Pese a que el StGB ha introducido una clara protección jurídica al denominado bien jurídico “medio ambiente”, sin embargo, ha obviado cualquier tipo de tutela directa respecto a la ordenación del territorio debiendo decirse que cualquier agresión urbanística que se pudiere producir solo recibirá tutela penal indirectamente a través del “medio ambiente”. En efecto, es el § 329 (3) apartado 8º. StGB el que tipifica la construcción de un edificio en área natural protegida -en referencia al suelo- y desde el punto de vista de la protección del medio ambiente.

Tampoco se ha producido en el StGB una protección jurídico-penal específica y clara del llamado patrimonio cultural alemán, siendo tan sólo las disposiciones de carácter penal de algunos *Länder*, que disponen de ellas, las que hacen referencia a la protección penal de los monumentos culturales<sup>81</sup>.

Por tanto, se puede afirmar que no existe en el CP alemán unos tipos específicos que incriminen conductas antijurídicas de los empleados públicos en las tres materias citadas. Esto supone que los funcionarios públicos que otorgasen autorizaciones contraviniendo el Derecho, o no revocaren una licencia que deviniere “irregular” u omitieren su intervención de control de cierta actividad contaminante -relativas a las conductas de la Sección 29ª del StGB- cuando estuvieren obligados a ello, tendrían que ser enjuiciados a partir de las disposiciones de la parte general, concretamente por las disposiciones relativas a la autoría, participación o, en su caso, comisión por omisión con las dificultades que ello supone.

---

<sup>80</sup> TIEDEMANN, *Relación entre Derecho penal y autorización jurídico-administrativa. El ejemplo del Derecho penal del ambiente*, en *Protección Internacional del Medio Ambiente y Derecho Ecológico*, Bilbao 1987, p. 224.

<sup>81</sup> GUISASOLA LERMA, *Delitos contra el Patrimonio Cultural*, cit., p. 168.

KINDHÄUSER<sup>82</sup> afirma que la punición de los funcionarios públicos como partícipes queda prácticamente excluida ya que en el StGB la participación (complicidad e inducción, § 26 y § 27) requiere tanto el dolo del autor como el dolo del partícipe, y un funcionario sólo en situaciones límites dicta decisiones defectuosas con carácter doloso. Del mismo modo raro es la vez que entra en consideración la autoría del funcionario en los delitos ambientales, puesto que el funcionario no explota la instalación contaminante y tampoco le afectan a él los deberes administrativos que atañen al autor real. Por tanto, para el citado autor, el Derecho penal alemán apenas deja espacio para sancionar penalmente al funcionario público por delito contra el medio ambiente apostando porque el legislador alemán debería aportar el fundamento legal necesario para ello, introduciendo al respecto tipos funcionariales específicos.

## **B) Italia.**

En la Parte Especial del Código Penal italiano (CPit.) no se han tipificado de manera expresa conductas relativas a actividades contaminantes a través de las cuales se tutele el medio ambiente. En este sentido los preceptos penales están insertos - de forma dispersa- en leyes sectoriales estatales dirigidas a regular los distintos aspectos que componen el concepto “ambiente”<sup>83</sup>. Lo mismo acontece respecto al llamado urbanismo cuya protección penal está ubicada fuera del Código Penal a través de leyes especiales<sup>84</sup>.

El art. 734 del CPit. castiga con multa de 1.032 € a 6.197 € la conducta cometida por cualquier sujeto que mediante “la construcción, demolición o de cualquier otro modo, destruyere o alterase la belleza natural de los lugares sometidos a la especial protección de la autoridad”. Dicho tipo penal no está directamente dirigido a la protección del urbanismo, sino a la tutela de un interés genérico de la comunidad en disfrutar esas “bellezas”. Sin embargo, en dicho precepto se produce en buena medi-

---

<sup>82</sup> KINDHÄUSER, *Elementos fundamentales del Derecho penal medio ambiental alemán*, Revista de Ciencias Penales. Asociación española de Ciencias penales, vol. 1, n°. 2, 2º. semestre 1998, p. 512.

<sup>83</sup> Vid. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Leggi Complementari. II- I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica*, 12ª ed. 2008, pags. 479 y ss.; y BLANCO LOZANO, *La protección del medio ambiente en el Derecho Penal español y comparado*, 1997, cit., p. 90.

<sup>84</sup> Vid. al respecto ANTOLISEI, *ob. ult. cit.*, pp. 543-578.

da una protección penal del “territorio” como forma de proteger penalmente al medio ambiente, de lo cual se deduce que las agresiones urbanísticas -ocasionalmente- tienen la consideración de atentados ambientales<sup>85</sup>.

Por su parte, el art. 733 del citado CPit. recoge un delito de daños sobre el patrimonio cultural de la Nación italiana, según el cual “cualquiera que destruya, deteriore, o de cualquier modo dañe un monumento u otra cosa propia siendo notorio su relevante valor, será castigado, si del hecho deriva un daño o perjuicio al patrimonio arqueológico, histórico o artístico nacional, con arresto de hasta un año o con multa no inferior a 2065 €”.

En lo que aquí interesa hay que indicar que respecto a las conductas irregulares en que pudiesen incurrir los funcionarios públicos con funciones *ambientales* no existen en el sistema punitivo del CPit. normas expresas encaminadas a atender su responsabilidad en lo relativo al urbanismo, patrimonio cultural y medio ambiente. Solamente el art. 328 CPit. castiga al funcionario o encargado de un servicio público que, indebidamente, no realizare las labores obligadas por razón de su cargo y que, por motivos de justicia, seguridad, orden público, higiene o sanidad, deban cumplirlas sin dilaciones (la pena será de reclusión de seis meses a dos años). Es decir, se castiga la inactividad del funcionario público ante las tareas que le son propias, siendo, por tanto, aplicable a los casos de omisión de las tareas de comprobación y control que le incumben en las materias *ambientales* citadas.

Sin embargo, en los casos en que los funcionarios públicos emitieran licencias o autorizaciones que no deberían expedir en relación a actividades contaminantes, o que afecten a la ordenación del territorio o patrimonio cultural, la solución sería más compleja. En este caso difícilmente sería aplicable el art. 328 CPit<sup>86</sup> ya que éste supone y exige, desde el punto de vista objetivo, la negativa del deber de cumplimiento de un acto, y subjetivamente, el conocimiento por parte del funcionario del deber de actuar y no tener voluntad alguna de hacerlo, mientras que en el supuesto aludido, la inactividad no concurriría puesto que el acto (la concesión de licencia

---

<sup>85</sup> Vid. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, en *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, nº. 2, 1975, p. 23; y GÓRRIZ ROYO, *Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra el territorio en sentido estricto del art. 319 CP*, cit., 2003, p. 52.

<sup>86</sup> PAGLIARO/PARODI GIUSINO, *Principi di Diritto penale. Parte Speciale. I.- Delitti contro la pubblica amministrazione*, 10ª. ed., 2008, pp. 337 y ss.; y ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte speciale II*, 14ª ed. 2003, pp. 362 y ss.



ilegal) ya se habría emitido por el funcionario público<sup>87</sup>. Aquí la única solución pasa por estimar que el funcionario participa junto con el particular en un delito de los llamados “medio ambientales”.

Por tanto, el sistema penal de incriminación de los funcionarios públicos se resuelve en definitiva también por las normas general (bien de participación bien por la norma que castiga la mera pasividad).

### C) Francia.

Como dijese años atrás DELMAS-MARTY<sup>88</sup>, la necesidad de una protección penal del ambiente contra las diversas formas de contaminación no ha sido todavía objeto de una toma de conciencia coherente y razonable por parte del legislador francés.

Así tenemos que en Francia, pese a la imposición pretendida por la Unión Europea, no se ha introducido en su nuevo Código Penal de 1 marzo de 1.994 ningún título dedicado a los delitos contra el medio ambiente, como sucede en Alemania, pese a lo dispuesto en su art. 410.1<sup>89</sup>. Ni siquiera un sólo artículo general asimilable a nuestro delito ecológico (art. 325 CP español). Lo mismo acontece respecto a los delitos urbanísticos u ordenación del territorio.

Se ha optado por la tipificación penal en leyes sectoriales -dispersas- que regulan cada uno de los elementos ambientales o de los agentes contaminantes. Así, hay que referirse a la Ley nº. 2002-276, de 27 de febrero de 2002, por la cual se aprobaba el Código de Medio Ambiente francés que va dirigido a la protección de los elementos naturales (agua, aire, suelo, espacios naturales etc.), aparte de efectuarse una profunda regulación de la caza y la pesca. En dicho Código se prevé la modificación o

---

<sup>87</sup> FIANDACA/MUSCO, *Diritto Penale. Parte Speciale*, vol. I, Zanichelli, Bolonia 1997, p. 246.

<sup>88</sup> DELMAS-MARTY, *Droit Pénal des affaires*. Tome 1. Cit. por De la Cuesta Arzamendi, en *Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente Tit. XIII, L. II, PANCP 1983*). DJ, nº. 37/40. Vol. II, 1983, p. 924.

<sup>89</sup> Según el art. 410.1, dentro “De los atentados contra los intereses fundamentales de la Nación”, se entenderán por tales intereses, a los efectos del presente título I del Libro IV, “su independencia, la integridad de su territorio, de su seguridad, de la forma republicana de sus instituciones, de sus medios de defensa y de su diplomacia, de la salvaguarda de su población en Francia y en el extranjero, **del equilibrio de su medio natural y de su entorno** y de los **elementos esenciales** de su potencial científico y económico y **de su patrimonio cultural**”.

revocación de licencias de instalación de fábricas irregulares (art. L 215-10) a la vez que se les otorga -como no podía ser de otra forma- a los funcionarios públicos la asunción de las tareas de investigación y comprobación de las infracciones ambientales (arts. L218-5, L332-23, L428-20 entre otros muchos). Sin embargo, pese a que contiene numerosas conductas a las que se les aplican penas estipuladas en el Código penal francés<sup>90</sup>, no hay ninguna referida a las responsabilidades penales de los funcionarios públicos *ambientales* para los casos en que pudiesen efectuar informes ambientales irregulares u otorgar licencias ambientales ilegales.

Algo similar acontece en el Código de Urbanismo francés (aprobado por Decreto n°. 73-1022, de 8 de noviembre de 1.973) en donde se protege el suelo como bien jurídico -pero desde la perspectiva ambiental<sup>91</sup>- y se contienen numerosas infracciones penales de manera dispersa. En dicho texto legal se hace mención, por ejemplo, a las infracciones en materia de permisos de demolición y demás actuaciones urbanísticas irregulares (arts. L480-4 y L489-4), o al no respeto de obligaciones resultantes de ciertos documentos (planes de urbanismo, proyectos de ordenación, planes de ocupación del suelo etc. art. L160-1) que constituyen auténticos delitos<sup>92</sup>, pero no hay alusión alguna a previsibles conductas delictivas de los funcionarios ambientales en relación a sus informes o concesión ilegales de licencias.

Asimismo en el Código Penal francés, y en lo referido al “patrimonio cultural francés”, se tipifica en el art. 322.2 -como delitos de resultado- la destrucción, daño o deterioro de bienes catalogados o que tenga el carácter de histórico o culturales, no incluyéndose responsabilidades funcionariales específicas, según acontece en nuestro Código punitivo.

---

<sup>90</sup> Véase por ejemplo el Artículo L332-23 del citado Código medio ambiental estipula que “Los funcionarios y agentes señalados en el artículo L.332-20 estarán habilitados, en el ejercicio de sus funciones, para controlar las reservas naturales y sus perímetros de protección con el objeto de garantizar el cumplimiento de las normas a las que están sujetas y comprobar cualquier infracción que allí se cometa.

El que imposibilitare el cumplimiento de las funciones de dichos agentes, en particular denegándoles la entrada en una reserva natural, será castigado con las penas previstas en el artículo L.332-25, sin perjuicio, en su caso, de las penas previstas en los artículos 433-6 y siguientes del CP.

A su vez el art. Artículo L332-25 del Código ambiental francés dice que: “Serán castigadas con pena de seis meses de prisión y una multa de 9.000 € las infracciones a las disposiciones de los artículos L.332-6, L.332-7, L.332-9, L.332-12, L.332-17 y L.332-18.

<sup>91</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Consideraciones acerca de los delitos sobre la ordenación del territorio a la luz del derecho comparado*, en *Delitos contra el Urbanismo y la ordenación del territorio*, cit., 1998, pp. 197-201.

<sup>92</sup> En este sentido GÓRRIZ ROYO indica, en *Los delitos contra el territorio en sentido estricto del art. 319 CP*, cit., pp. 81 y 82, las dificultades interpretativas que el art. 160-1 del Código del Urbanismo francés (al igual que otros) plantea, dado el complejo sistema de remisiones normativas que se realiza, y que ha redundado en perjuicio de su aplicación práctica, utilizándose escasamente a nivel jurisdiccional.

Sin embargo, es obligatorio hacer referencia a la Ley n°. 96-393 de 13 de Mayo de 1996, relativa a la responsabilidad penal de los cargos electos y funcionarios públicos en relación con los hechos imprudentes o negligentes. El primer artículo de esta Ley modifica el párrafo segundo del art. 121-3 del CP francés, desdoblándolo, a su vez, en dos párrafos que dicen: párrafo 2°. “No obstante, cuando la ley lo prevé, hay delito si deliberadamente se pone en peligro a otros (sujetos)”;

párrafo 3°. “También se consideran delito, cuando la ley así lo prevea, los supuestos de imprudencia, negligencia o de omisión de un deber de diligencia incluido en una ley o un reglamento, si se establece que el autor de los hechos no ha tomado las precauciones normales teniendo en cuenta, en su caso, la naturaleza de su misión, función, competencias y los medios o el poder de los que disponía”.

En base a lo dispuesto en los arts. 2 y 3 de la Ley n°. 96-393 de 13 de Mayo de 1996 será aplicable a los cargos electos del Municipio, del Consejo General y a todos los funcionarios públicos el párrafo 3°. del art. 121-3 del CP francés (sobre hechos no intencionales) siempre y cuando se constatare que, en el ejercicio de sus funciones, no realizaron las diligencias normales habida cuenta de sus competencias, el poder y los medios de los que disponían. Se establece así una responsabilidad penal omisiva para los funcionarios de difícil aplicación.

Como personas físicas que son, sí que se les podrá aplicar a los funcionarios públicos el párrafo 3°. del art. 121-3 del CP francés (con las enormes dificultades que éste plantea) según el cual “en el caso previsto en el párrafo anterior (referido a imprudencias y omisiones del deber de diligencia), cuando no hayan causado directamente el daño, pero hayan creado o contribuido a crear la situación que ha permitido que se produzca el daño, o que no hayan tomado las medidas que permitían evitarlo, responderán penalmente si se establece que han violado de manera *manifiestamente deliberada* un deber particular de diligencia incluido en una ley o en un Reglamento o que han cometido una falta típica y que exponía a los demás a un riesgo de particular gravedad que no podían ignorar”<sup>93</sup>.

Por lo tanto, la responsabilidad penal de los funcionarios públicos en Francia por conductas bien activas, consistentes por ejemplo en la realización de informes o concesión de licencias manifiestamente ilegales, u omisivas, relacionadas con el

---

<sup>93</sup> Vid. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ/ALARCÓN NAVÍO, *El Código Penal francés*, traducido y anotado, 2ª. ed., actualizada a enero de 2003, ed. Comares, 2003, p. 42.

deber de garantía, están muy condicionadas y sólo cabrán aplicarles, en su caso, las disposiciones generales del texto punitivo.

#### **D) Rasgos comunes del sistema español y el Derecho comparado (Alemania, Italia y Francia).**

Bien sea directamente a través del CP respectivo, bien sea a través de normas punitivas sectoriales, es indudable, como no podía ser de otra forma, que los países a los que hemos hecho referencia anteriormente manifiestan cada vez mayor inquietud por el respeto a la ordenación del territorio, del patrimonio cultural y al medio ambiente. Esto se debe en buena medida al hecho de pertenecer todos ellos a la Unión Europea, por lo que están obligados a una normativa supranacional extensa (piénsese, por ejemplo en la Directiva relativa al Control integrado para la prevención de la contaminación).

En estos países es indudable que la competencia última para investigar y comprobar las infracciones *ambientales* (en sentido amplio) recaerá sobre los poderes públicos, cuyos representantes serán precisamente los funcionarios públicos, a los que incumbe un deber de actuar y cuidar por los citados intereses ambientales, teniendo que responder indudablemente cuando los infrinjan.

En el Derecho comparado analizado concurre una evidente accesoriedad administrativa en las infracciones penales, aunque aquélla aparezca de manera un tanto diferente (así, como se decía antes, mientras que en nuestro derecho para dirigirse más hacia una accesoriedad de la norma, en Alemania lo es del acto administrativo).

Igualmente parece darse una mayor transcendencia al bien *medio ambiental* que a la ordenación del territorio y al patrimonio histórico. Recuérdese que el art. 325 de nuestro CP recoge muchas más conductas típicas contaminantes, y pormenorizadas, que las que recogen los arts. 319 y 321 CP (que se ciñen a limitadas conductas típicas). Igualmente en el Derecho alemán la afectación de la llamada ordenación del territorio sólo recibía tutela indirecta a través del delito ambiental.





## **SEGUNDA PARTE**

### **LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO, EL PATRIMONIO HISTÓRICO Y MEDIO AMBIENTE COMO BIENES JURÍDICOS OBJETO DE PROTEC- CIÓN PENAL.**





## Consideraciones previas.

Una vez expuestas las bases sobre las que se asienta la responsabilidad penal de las autoridades y funcionarios públicos *ambientales*, es preciso abordar la cuestión básica de cuál es el bien jurídico tutelado en los preceptos del CP que son objeto de nuestro estudio, puesto que no puede entenderse el análisis de cualquier tipo de delito si antes no se concreta el interés tutelado en la norma penal. Tampoco puede olvidarse que la misión del Derecho penal debe ser la protección de los bienes jurídicos más importantes para la sociedad, lo cual supone a su vez una garantía que lo erige en el elemento clave para determinar la legitimidad y el alcance de la intervención punitiva del Estado.

En el presente caso nos hallamos ante tres delitos funcionariales que tienen un carácter *sui generis* ya que no están insertados dentro de los “Delitos contra la Administración Pública” (Tit. XIX), sino que lo están en el Título de los “Delitos relativos a la ordenación del territorio, a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”. Por tanto, debe considerarse que la finalidad prioritaria de estos delitos (junto con la genérica del correcto funcionamiento de la función pública) habrá de ser la defensa de los valores a los que alude el Tit. XVI del Libro II del CP, los cuales ostentan una específica protección constitucional, según se comprobó.

Así pues es preciso dotar de un contenido material a esos tres bienes protegidos con la particularidad -y dificultad- de que se trata de tres bienes jurídicos supraindividuales de difícil conceptualización. Por tanto, habrá que hacer en primer lugar una mínima referencia a lo que supone la categoría de bienes colectivos así como comprobar si está justificada la intervención del Derecho penal en estas materias *ambientales*. Igualmente, y en segundo lugar, habrá que comprobar si las tres materias a las que se refiere el Tit. XVI del Libro II del CP tienen autonomía propia y qué ha de entenderse por cada una de ellas, profundizando en sus vínculos y diferencias ineludibles, máxime cuando con posterioridad se desglosan separadamente en distintos capítulos.

Sin embargo, hay que advertir que esta parte de la tesis supone un segundo prólogo o cuestión previa de la misma, cuya finalidad debe ir dirigida a poder analizar o interpretar convenientemente -de manera concreta y profunda- estos delitos

funcionariales específicos. De ahí que tan sólo se haga una aproximación muy breve a los bienes jurídicos colectivos protegidos en esos tipos penales.

#### **§. 4 Los bienes jurídicos penalmente protegidos relativos a la Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente y Recursos Naturales.**

### **I. Reflexiones acerca de la teoría del bien jurídico penalmente protegido y sobre los bienes jurídicos colectivos.**

#### **A. Aproximación a la teoría del bien jurídico penalmente protegido.**

La teoría del bien jurídico, desde su formulación en el siglo XIX, ha presentado una evidente falta de claridad y de definición propia<sup>94</sup>. A pesar de los múltiples esfuerzos, ciertamente no se ha logrado esclarecer el concepto de bien jurídico ni siquiera de modo aproximado. Todos los intentos hechos al respecto posiblemente hayan fracasado por la dificultad -acaso imposible de superar ya por principio- de hallar una definición que se ajuste a todos los tipos penales cuya legitimidad esté fuera de cuestión y que, a pesar de ello, aún exprese algo<sup>95</sup>.

Según JESCHECK/WEIGEND<sup>96</sup>, el bien jurídico constituye la base reconocida de la estructura y de la interpretación de los tipos. Sin embargo, el concepto de bien jurídico no debe equipararse sin más con la *ratio legis*, sino que ha de poseer un contenido de sentido real propio, anterior a la norma penal y concluyente en sí mismo, pues en otro caso no podría cumplir su función sistemática como baremo para el contenido y la delimitación del precepto penal. Conforme a lo dicho, el bien jurídico ha de entenderse como un valor abstracto y jurídicamente protegido del orden social,

---

<sup>94</sup> En efecto, ROXIN, en uno de los intentos infructuosos por definirlo, ha considerado que los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema. Vid. *DP, PG T. I. cit.*, pp. 56 y 58.

<sup>95</sup> STRATENWERTH, *DP PG, El Hecho punible.*, trad. Cancio Meliá y Sancinetti, Navarra 2005, p. 55.

<sup>96</sup> JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de DP, PG*. 5ª. ed. p. 275 y ss.

en cuyo mantenimiento la comunidad tiene un interés, y que puede atribuirse, como titular, a la persona individual o a la colectividad.

En este sentido, FERRAJOLI<sup>97</sup> afirma que lo mejor que se puede lograr con la teoría de bienes jurídicos es una “definición negativa”, es decir, la posibilidad de descartar lo que no debe ser considerado bien jurídico<sup>98</sup>.

Asimismo, ROXIN ha intentado expresar el significado del principio del bien jurídico. El punto central de su posición lo constituye la *función de delimitación negativa*, mencionando nueve “constelaciones” o directrices en las cuales no se trata de la protección de bienes jurídicos, es decir, que son incompatibles con las exigencias de la teoría del bien jurídico penalmente protegido<sup>99</sup>.

En cualquier caso, los bienes jurídicos protegidos han de identificarse más bien por el papel o función que desempeñan y apoyarse sobre la idea de *valor* más que

---

<sup>97</sup> FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 2001, p. 471.

<sup>98</sup> En igual sentido, ABANTO VASQUEZ, *Acerca de la teoría de bienes jurídicos*. Revista Penal LL, n°. 18. Julio 2006, pp. 22.

<sup>99</sup> ROXIN, en *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?*, trad. Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, en *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, cit., 2007, p. 449-450, las detalla en nueve:

- a. Serían ilegítimas aquellas normas penales que vinieran exclusivamente motivadas por la ideología o atentasen con los derechos humanos y fundamentales. Así la punibilidad de las manifestaciones contrarias al régimen atentarían, por ejemplo, contra la libertad ideológica.
- b. La mera delimitación de la finalidad de la ley no constituye todavía un bien jurídico. Así cuando el Derecho alemán -dice ROXIN- castiga la adquisición de pequeñas cantidades de hachís para consumo propio, bajo la supuesta afirmación de que se protegería bien jurídico “sociedad sin drogas”, está claro que esto no es suficiente para legitimar el precepto.
- c. La mera ilicitud moral no basta para justificar una disposición penal. Mientras que no se lesione o ponga en peligro la libertad y la seguridad de nadie, no menoscabe un bien jurídico.
- d. La lesión de la propia dignidad o de la dignidad del ser humano no supone la lesión de un bien jurídico. Así por ejemplo, en el derecho penal alemán, es punible toda modificación artificial de la información hereditaria de un gameto humano porque supuestamente lesiona la dignidad humana. Sin embargo, sólo existe lesión de un bien jurídico cuando de tal modo se manipule el acervo genético del recién nacido, porque se estarán disminuyendo sus posibilidades de desarrollo no susceptibles de ser planificadas. Si la intervención tiene lugar para evitar graves enfermedades hereditarias, sin embargo, el niño no se ve perjudicado, sino que se mejoran sus oportunidades de supervivencia y desarrollo, no produciéndose lesión de bienes jurídicos.
- e. La protección de ciertos sentimientos sólo puede considerarse protección de bienes jurídicos cuando se trate de sentimientos de inseguridad. Por eso está justificada la amenaza con pena de la discriminación de parte de la población (p. ej. la incitación al odio).
- f. La autolesión consciente, ni su posibilitación o favorecimiento pueden legitimar la amenaza penal. La protección de bienes jurídicos tiene como objetivo la protección de los otros y no la protección frente a uno mismo. Por tanto la participación en el suicidio debería ser impune en los casos en los que la persona dispuesta a morir ha tomado su decisión en un estado de plena responsabilidad.
- g. Las normas penales simbólicas -entendidas como aquellas leyes que no son necesarias para la protección de una convivencia pacífica sino que persiguen fines extrapenales, como la tranquilidad del electorado o la presentación de una buena imagen del Estado- no sirven a la protección de bienes jurídicos.
- h. Tampoco los tabúes (por ejemplo, el incesto) son bienes jurídicos, de modo que no deberían protegerse por medio del Derecho penal.
- i. Tampoco han de ser reconocidos como bienes jurídicos aquellos objetos de abstracción inaprensible.

sobre la del *interés*<sup>100</sup>. La problemática se ha ido complicando al respecto en tanto que la idea del bien jurídico referido preponderantemente a bienes individuales concretos (v.gr. vida, integridad corporal, libertad, propiedad etc.) está dejando paso en las últimas décadas también a la necesidad de tutelar ciertos valores colectivos -o de conjunto- que tienen el carácter de sociales y que van mucho más allá de lo que es el individuo en sí mismo, aunque posiblemente sin olvidar su referencia. Quizás por esta falta de concreción hayan aparecido algunas posturas negacionistas de la teoría del bien jurídico-penal<sup>101</sup>.

Por su parte, HASSEMER<sup>102</sup> considera que el concepto de protección del bien jurídico puede, llegado el caso, cumplir con la función de imponer al legislador penal una barrera y evitar, o dificultar, una adecuación precipitada del Derecho penal a los intereses de la política criminal. Sin embargo, también reconoce que en la actualidad subsisten grandes dudas en cuanto a si el bien jurídico cumple hoy realmente con esa función. En efecto, las modernas opciones dentro de la ciencia del Derecho penal dejan a un lado el mensaje de la teoría del bien jurídico o dudan de su capacidad para realizar aportes significativos al desarrollo del Derecho penal. Las legislaciones penales modernas, cada vez en mayor medida, criminalizan delitos de víctimas difusas a través de los delitos de peligro abstracto en los cuales la punibilidad depende solamente de la comprobación de una conducta peligrosa. Desde el punto de vista

---

<sup>100</sup> COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON, *DP, PG*, 5ª. ed., p. 318.

<sup>101</sup> Entre ellas la más relevante por su repercusión ha sido el llamado “normativismo radical” de Jakobs. Vid. JAKOBS, *DP, PG, cit.*, 2ª. ed., p. 44 y ss.; y JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, p. 18 y ss. Para éste autor la misión del Derecho penal no consistiría en la protección de “bienes jurídicos” sino en la protección, con más exactitud, de la “estabilización” de las “normas” vigentes en una sociedad de “personas” (teoría de la prevención general positiva como finalidad del Derecho penal). Con esto Jakobs quiere basar la dogmática penal en lo puramente funcional, o sea, en los fines del sistema social. Según él, como el Derecho penal es parte de un sistema social, su entendimiento debe servirse de conceptos y conocimientos provenientes de este sistema social y de la función de la normatividad jurídica (perspectiva externa); los conceptos exclusivamente penales (perspectiva interna) serían insuficientes. El Derecho y el Derecho penal pasarían así a ser sistemas *autorreferentes* que estarían libres de constataciones empíricas y de valoraciones externas al sistema jurídico. Asimismo afirma que la relación entre el Derecho penal y la Sociedad no sería unilateral, sino que estarían vinculados por una relación de interdependencia: la Sociedad puede exigir al Derecho penal que realice esfuerzos para asumir nuevos problemas sociales hasta que el sistema jurídico alcance la complejidad adecuada con referencia al sistema social, de la misma forma que el Derecho penal puede recordar a la Sociedad que se debe tener en cuenta ciertas máximas que se consideran indisponibles. A su vez, según JAKOBS, la “Sociedad” misma se basaría en la existencia de un contexto de comunicación mediante normas; sin embargo, la “protección de normas” no se dirigiría a todo tipos de ellas, sino solamente a aquellas que necesitaran una “estabilización especial” por no estar suficientemente aseguradas por vía cognitiva, es decir, las normas constitutivas de la Sociedad.

<sup>102</sup> HASSEMER, *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*, en *Doctrina Penal, Teoría y práctica en las ciencias penales*, trad. Patricia S. Ziffer. 1989, p. 279 y ss.

del bien jurídico esto significa una disolución del concepto: el lema ya no es la protección de intereses humanos concretos, sino la protección de instituciones sociales o “unidades funcionales de valor” (el medio ambiente como totalidad, la salud pública etc.)<sup>103</sup>. El problema que se le crea con esto a la teoría del bien jurídico se ve claramente: los bienes de protección de esta calidad conceptual no permiten criticar un tipo penal por su excesiva amplitud. En cualquier caso, para HASSEMER<sup>104</sup> estos bienes jurídicos colectivos o universales deben funcionalizarse partiendo de la persona o tomándola como referencia, debiendo satisfacer convenientemente tres criterios: 1) La noción del bien jurídico debe adecuarse a la realidad, lo cual exige una integración inteligente en el sistema de bienes jurídicos de las condiciones de vida de la moderna socialización, esto es, sobre todo de intereses universales; 2) Este bien jurídico debe ser selectivo y nítido, pues se trata de los límites a la intervención en la libertad de actuación humana; y 3) Debe ser comprensible, debiéndose prohibir generalizaciones nebulosas que impidan a todos hacerse una idea sobre ellos<sup>105</sup>.

Por tanto, el bien jurídico penalmente protegido -que es un concepto y elemento propio del Derecho penal pese a que ciertamente esté en relación y condicionado por el ordenamiento jurídico en general- ha de seguir jugando un papel sumamente relevante<sup>106</sup> en el ámbito jurídico-penal dentro de lo que es la teoría general del delito, en tanto que “desvela” en buena medida el porqué de las normas penales. En efecto, éstas se justifican cuando ellas son necesarias para la protección y seguridad de las condiciones de vida de una sociedad estructurada sobre la base de la libertad de las

---

<sup>103</sup> HASSEMER considera, en *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?*, trad. Spínola Tártalo, en *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, 2007, cit. p. 103, que la prohibición de una conducta bajo amenaza penal que no pudiera remitirse a un bien jurídico sería terror de Estado, pues supondría nada menos que una intromisión en la libertad humana de actuación respecto a la cual el Estado injerente no puede decir con qué fin la lleva a cabo.

<sup>104</sup> HASSEMER, *ob. ult. cit.*, p. 96.

<sup>105</sup> HASSEMER, *ob. ult. cit.*, p. 104.

<sup>106</sup> Como sostiene SCHÜNEMANN, en *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación*, trad. María Martín Lorenzo y Mirja Feldmann, en *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, 2007, cit., p. 226, no sólo se debe perseverar en la posición central del concepto de bien jurídico para la dogmática penal, sino que, más bien, el auténtico desarrollo de la teoría del bien del bien jurídico está aún por venir. Bajo el lema del “reconocimiento mutuo” de las Administraciones de Justicia penal de los Estados miembros, la europeización del Derecho penal actualmente en proceso no conduce a una optimización de la protección de los derechos fundamentales, sino a una optimización de las competencias de intervención estatales. Frente a ella, el principio de protección de bienes jurídicos representa, según este autor, la sólida roca del pensamiento liberal y, por tanto, de la justicia, que no deben ser sacrificados en aras de la europeización.

personas y al mismo tiempo es entendida por todos como razonable<sup>107</sup>. La tarea del Estado democrático actual debe limitarse -en el aspecto al que me refiero- necesariamente tanto a la creación de los presupuestos necesarios para una vida en común próspera para ciudadanos libres, como también a su protección de ataques internos o externos, pues no hemos de olvidar que la necesidad de la convivencia supone la protección de la misma, pues sólo en ella puede la persona individual autorrealizarse y desarrollarse<sup>108</sup>.

En este sentido, RUDOLPHI<sup>109</sup> percibe la sociedad organizada constitucionalmente como un “organismo vivo” en continua transformación en donde los presupuestos para la convivencia no pueden cosificarse como objetos estáticos, sino que han de aprehenderse a partir de las funciones requeridas para la interacción social en cada momento histórico y actualizarse según que éstas se vayan modificando. Precisamente por ello los bienes jurídicos cuya protección es tarea del Derecho penal tampoco son “objetos estáticos”<sup>110</sup> que permanezcan en reposo, sino unidades funcionales sociales sin las cuales nuestra sociedad en su estructuración concreta no sería capaz de existir<sup>111</sup>. Es decir, este autor percibe la sociedad como un organismo vivo, en continua transformación entendiendo, pues, que sólo habrá bienes jurídicos en la medida en que ellos están en “función”, o sea, en la medida en que ellos actúan en la vida social y su acción está en ella receptivamente. Por tanto, la esencia propia del bien jurídico, según RUDOLPHI, es precisamente la función social misma.

Es importante indicar igualmente que el bien jurídico ha de afrontarse a partir de dos presupuestos: 1) su extracción de la realidad social, es decir, el Estado no “crea” los intereses a tutelar jurídico-penalmente, sino que los recoge de esa realidad pre-existente<sup>112</sup>, lo cual supone que haya de amparar una cierta cantidad de valores, pau-

---

<sup>107</sup> RUDOLPHI, *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*, NPP, Revista de Derecho y Ciencias Penales, 1975, p. 339.

<sup>108</sup> Vid. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, *DP PG*, 7ª. ed., 2007, p. 60.

<sup>109</sup> RUDOLPHI, *ob. ult. cit.*, pp. 343-345.

<sup>110</sup> Conviene indicar que fue WELZEL el primero que destacó la proyección dinámica del bien jurídico en el seno de la sociedad. Para éste trascendental penalista, en realidad sólo existen bienes jurídicos si y en la medida en que están en “función”, es decir, en la medida en que están en la vida social influyendo y recibiendo influencias. La vida, la salud, la libertad, la propiedad etc. no están simplemente “ahí”, sino que su esencia consiste en un ser-en-función, esto es, en influir en la relación social y sufrir los efectos de ésta. Vid. WELZEL, *Studien zum System Strafrechts*, p. 515, Cit. en SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, cit., p. 302.

<sup>111</sup> En sentido similar ROXIN, *DP PG*, t. I, cit., p. 57.

<sup>112</sup> En tal sentido, OCTAVIO DE TOLEDO, *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, ADPCP nº 43, 1990, p. 13.

latinamente mayor (a veces de titularidad común)<sup>113</sup>; y 2) su carácter “lesionable” (incluyéndose también su puesta en peligro) por acciones individuales de sujetos o de colectivos<sup>114</sup>.

Sin embargo, partiendo del principio de que el uso del Derecho penal ha de ser lo más restrictivo posible y que éste ha de configurarse como un mal menor que sólo es admisible en la medida en que resulte del todo necesario, hay que insistir que no todo bien jurídico ha de convertirse en un bien jurídico-penal. En efecto, el uso de otras ramas del derecho puede presentarse como suficiente para obtener el grado de tutela necesario para la protección de bienes jurídicos al margen del Derecho penal (principio de fragmentariedad).

En este sentido señala MIR PUIG<sup>115</sup> que para la tutela penal de un bien jurídico han de exigirse dos requisitos: a) que la importancia social de los bienes merecedores de tutela hayan de estar en consonancia con la gravedad de las consecuencias (penas) propias del Derecho penal. Esto significa postular la autonomía de la valoración jurídico-penal de aquellos bienes y erigir en criterio básico de dicha valoración específica el que esos bienes puedan considerarse esenciales para la vida social<sup>116</sup>; y b) que exista propiamente una necesidad de protección penal del bien jurídico, lo cual acontecerá cuando otros medios de tutela menos lesivos, como pudieran ser el Derecho administrativo o civil, sean insuficientes para su protección real.

Cuestión igualmente relevante respecto al bien jurídico protegido penalmente (bien sea individual o colectivo) es que no basta con constatar la importancia abstracta del bien a ampararse, sino que debería ser exigible también una determinación

---

<sup>113</sup> Como alega BUSTOS RAMÍREZ, en los *Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el CP 1932)*, RFDUCM, monográfico nº. 11, 1986, pp. 156-157, precisamente ahí estriba la diferenciación entre los derechos, en especial los “fundamentales”, recogidos en la CE y los bienes jurídicos protegidos. Los primeros establecen una relación entre el ciudadano y el Estado que posibilita una exigencia de aquél frente a éste; en cambio, los bienes jurídicos no tienen esa función, pues implican una determinada realidad (una relación social entre los sujetos entre sí y con el Estado), susceptible de ser afectada en cuanto tal. Por eso el objeto de protección del Derecho Penal no son los derechos fundamentales o los derechos reconocidos en la Constitución, ya que en éstos no se aprehende como en el bien jurídico la interacción social y participativa de los sujetos entre sí.

<sup>114</sup> RUDOLPHI, *ob. ult. cit.*, p. 342.

<sup>115</sup> MIR PUIG, *El bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendo*, en EPC, XIV, 1989-90, pp. 209 y 214.

<sup>116</sup> El problema valorativo será saber cuándo un interés es fundamental para la vida social y cuando no lo es. En este sentido MIR PUIG entiende, *vid. ob. ult. cit.*, p. 210, que es innegable que el reconocimiento constitucional de un bien o interés le da ese criterio de esencialidad.



del grado de afectación de dicho *bien*, una vez realizada la acción ofensiva por parte del sujeto activo<sup>117</sup>.

## **B. Los bienes jurídicos colectivos.**

La progresiva introducción en los textos punitivos de nuestro entorno de tipos penales en donde el bien penalmente protegido es colectivo o universal acontece, sobre todo, a raíz del cambio de modelo del Estado de Derecho liberal al vigente Estado social y democrático de Derecho, en donde es necesario expandir en mucha mayor medida la protección de nuevos valores en beneficio de una mejor convivencia pacífica en la sociedad. Es decir, el Estado tiene hoy que atender las necesidades de todos y cada uno de los miembros de la sociedad, justamente con el objeto de tender a una libertad e igualdad material. Por eso precisamente, haciendo uso de las palabras de BUSTOS RAMÍREZ<sup>118</sup>, los bienes jurídicos colectivos pueden ser catalogados a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social.

Es relevante indicar que estos *bienes colectivos* no pueden definirse ni desde el derecho subjetivo de un sujeto respecto de otro, ni tampoco desde el derecho subjetivo en relación al Estado<sup>119</sup>. Asimismo deber señalarse que en los delitos contra bienes jurídicos colectivos en cierta medida concurre una cierta protección -o referencia- al individuo, aunque ello sólo en cuanto miembro y participe de una comunidad social<sup>120</sup>. En efecto, si bien la protección de este tipo de bienes se justifica en la determinación de satisfacer necesidades de participación de la persona en relaciones sociales básicas, esta complementariedad no significa, sin embargo, “accesoriedad”

---

<sup>117</sup> Como ha afirmado ABANTO VÁSQUEZ, en *Acerca de la teoría de bienes jurídicos*, Revista Penal LL, n.º. 18, pp. 22 y ss., el principio de la protección del bien jurídicamente protegido, en cuanto que el mismo no debe ser lesionado o en su caso puesto en peligro, supone que esa *lesividad* no debe ser entendida en un sentido estrictamente naturalístico o individual, pues lo que interesa es el “daño social” provocado por el delito, ya sea que éste se produzca a través de un “perjuicio” verificable “individualmente” o no.

<sup>118</sup> BUSTOS RAMÍREZ, *Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código penal de 1.932)*. RFDUCM, monográfico 11, 1986, p. 159.

<sup>119</sup> BUSTOS RAMÍREZ, *ob. ult. cit*, p. 157.

<sup>120</sup> Como ya se manifestó en la primera parte de este trabajo los arts. 1.1, 9.2, 10, 45, 46 y 47, entre otros, de la CE mantienen una concepción antropológica moderada del medio ambiente.



a la hora de su estructuración. El bien jurídico colectivo se constituye como autónomo frente al bien jurídico individual, teniendo su propia referencia material y no siendo deudor de él a la hora de su tipificación<sup>121</sup>.

La polémica sobre los bienes jurídicos colectivos es extensa, máxime cuando la estructura delictiva tendente a su protección se realiza, la mayoría de las veces, a través de los delitos de peligro abstracto. En este sentido HEFENDEHL<sup>122</sup>, indica que resulta inadecuada la crítica que considera que estos delitos de peligro no respetan los principios fundamentales del Estado de Derecho liberal y que más bien atienden a inseguridades sociales de orientación a través de puros efectos simbólicos.

En estos bienes jurídicos colectivos resulta analíticamente acertada -como afirma HEFENDEHL<sup>123</sup>- la referencia a que el desvalor del acto pasa a un primer plano en comparación al momento de un previsible resultado, aunque con esto sólo se está aludiendo al nivel típico: seguirá siendo el bien jurídico lo que constituye el punto de partida a la hora de criminalizar conductas. El citado autor considera que, si tenemos en cuenta que la forma delictiva de los delitos de peligro abstracto no ayudan en la problemática de los bienes jurídicos colectivos, es indudable que hay que intensificar la búsqueda de la conexión entre la acción típica y el bien jurídico protegido. De otro modo, la búsqueda de este bien jurídico carecería de sentido. Para suplir la falta de una causalidad lesiva real entre la acción y el bien jurídico se exige aquí la llamada *equivalencia material*, que en los bienes jurídicos colectivos atañe necesariamente al plano de la criminalización. El *pensamiento (o idea) de la acumulación*, desarrollado en los delitos contra el medio ambiente, encarna esa equivalencia. Se aplica a acciones individuales que en sí mismo podrían considerarse inocuas, pero que, sin una prohibición reforzada con una sanción, podría suceder que llegasen a cometerse por un gran número de sujetos y, como consecuencia, resultasen perturbadas la protección y la función de estos bienes jurídicos protegidos.

---

<sup>121</sup> En este sentido, SALINERO ALONSO, *La Protección del Patrimonio Histórico en el CP de 1995*, cit., p. 177.

<sup>122</sup> HEFENDEHL, *El bien jurídico como eje material de la norma penal*, trad. M<sup>a</sup>. Martín Lorenzo, en *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, 2007, cit., p. 193.

<sup>123</sup> HEFENDEHL, *ob. ult. cit.*, p. 194.

Por otra parte, considero que ha sido SOTO NAVARRO<sup>124</sup> la autora española que mejor haya sintetizado las características esenciales de estos bienes jurídicos colectivos. Para ella son cuatro los rasgos destacados en este tipo de bienes colectivos:

1. Su “titularidad compartida” por el conjunto de la sociedad, que es lo que lo diferencia de los bienes jurídicos individuales. Esta titularidad compartida tan sólo representa una consecuencia, pero no el fundamento constitutivo de los bienes jurídicos colectivos como posible categoría autónoma, ya que también los bienes jurídicos individuales pueden pertenecer a una pluralidad de personas asociadas en forma de persona jurídica portadora de bienes tales como por ejemplo el patrimonio. La atribución de la titularidad de un bien jurídico a un grupo social más o menos amplio -en vez de al individuo aisladamente considerado- no comporta automáticamente su calificación de bien jurídico colectivo, sino que ello depende de un elemento previo fundamental, que es la distinta función o utilidad que cumplen los bienes jurídicos colectivos con respecto a los individuales.
2. La “indisponibilidad” de los bienes jurídicos colectivos y, en base a ello, la ineficacia jurídico-penal del consentimiento de todos los cotitulares en la lesión o puesta en peligro de alguno de estos bienes, sería la segunda de sus características. Esto debe considerarse así por dos motivos: el primero porque la eficacia de dicho consentimiento dependerá no tanto de la titularidad compartida como de la naturaleza de los intereses en juego; y el segundo porque, como afirman COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN<sup>125</sup>, debe negarse toda eficacia al consentimiento en los “delitos contra la comunidad”, pues la voluntad colectiva de los ciudadanos se manifiesta por medio de la Ley democrática, y fuera de ella ningún acto realizado por cualquier autoridad o funcionario puede estimarse como manifestación de la voluntad comunitaria. Las leyes expresan, generalmente de forma terminante, las conductas que la comunidad está dispuesta a consentir. Por ello, un supuesto “consentimiento” comunitario respecto de una conducta que inflinga la norma legal es inaceptable<sup>126</sup>, pues supondría la sustitución del principio de legalidad por el de oportunidad.

---

<sup>124</sup> SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, cit., pp. 194 y ss.

<sup>125</sup> COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *D.P., P.G.* 5ª. ed., pp. 492-493.

<sup>126</sup> Imaginemos en este sentido, y respecto al art. 322 CP, que todos los habitantes de un término municipal acordasen unánimemente (por un *referéndum* local) edificar una gigantesca urbanización en una reserva nacional especialmente protegida existente en ese municipio y que la misma se va

3. La “indivisibilidad” constituye una tercera característica de los bienes jurídicos colectivos. SOTO NAVARRO<sup>127</sup>, siguiendo al autor alemán HEFENDEHL<sup>128</sup>, entiende que un bien será colectivo cuando sea conceptual, fáctica o jurídicamente imposible dividir tal bien en partes y atribuirles de forma individual en porciones. Este rasgo aparece ciertamente vinculado al de la indisponibilidad; sin embargo, mientras que el carácter indisponible es propio también de algunos bienes jurídicos individuales (piénsese por ejemplo en la vida), en cambio la cualidad de indivisibles sólo la poseen estos bienes jurídicos colectivos. Es decir, los bienes que pertenecen de forma indivisa a un colectivo de personas son, por naturaleza, indisponibles de forma unilateral.
4. La “naturaleza conflictual” es el último rasgo característico y *sui generis* de estos bienes, especialmente de los llamados de “nueva generación”. Estos nuevos bienes jurídicos colectivos se caracterizan por el hecho de que las fuentes de peligro para los mismos provienen de actividades lícitas y socialmente necesarias que en modo alguno pueden ser suprimidas, sino tan sólo sometidas a control (piénsese por ejemplo en las actividades relativas al medio ambiente o al ordenación del territorio<sup>129</sup>). Estos sectores de actividad son generados fundamentalmente por intereses de contenido económico y provocan, a su vez, intereses de muy diversa índole, legítimos casi todos ellos en su respectivo ámbito, pero en clara colisión.

Cuestión relevante respecto a los bienes jurídicos colectivos es la necesidad de dotarles de un contenido preciso y riguroso -cuestión ésta harto complicada en de-

---

llevando a cabo, pese a no contar con licencias legales para ello del Alcalde o por una pasividad de éste. Este consentimiento colectivo de la ciudadanía sería nulo e ineficaz no tanto por tal titularidad compartida, sino porque la naturaleza de los intereses en juego (en este caso, el uso racional del suelo, constitucionalmente reconocido en el art. 45) primarían siempre por encima de los deseos del colectivo de ciudadanos del municipio. Igualmente sería inaceptable que el Alcalde alegara “consentimiento justificante” en tanto que ningún acto suyo (activo o pasivo) puede estimarse como manifestación comunitaria. La ley -como deseo de la gran mayoría- ha dejado claramente patentizado que la comunidad no está dispuesta a consentir la edificación de grandes urbanizaciones en los parques nacionales así declarados.

<sup>127</sup> Vid. SOTO NAVARRO, *ob. ult. cit.*, p. 199.

<sup>128</sup> Asimismo, véase al respecto HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, cit., 2007, *passim*.

<sup>129</sup> En efecto, como bien se sabe el principal riesgo para el mantenimiento del equilibrio ecológico y el medio ambiente natural es, sin duda, la actividad industrial, en el que confluyen una gran cantidad de intereses tales como la producción, el consumo, el trabajo etc. Lo mismo acontece respecto a la planificación urbanística, indispensable para un asentamiento humano racional, en donde entran en conflicto los intereses de las empresas de la construcción y la demanda de vivienda, con otras exigencias como son las referidas a la obtención de equipamientos sociales, zonas verdes, protección paisaje urbano, rehabilitación del patrimonio histórico etc.

terminados casos- dado que a mayor amplitud que se le otorgue a dicho bien mayor será también la dificultad para constatar su afección<sup>130</sup>. Por eso la importancia de determinar qué ha de entenderse por ordenación del territorio, patrimonio histórico y ambiente natural, a los defectos de los arts. 320, 322 y 329 CP, cuestión sumamente complicada y muy debatida doctrinalmente<sup>131</sup>.

Para finalizar hay que referirse a otro -doble- problema esencial que plantean los bienes jurídicos colectivos -especialmente los de nueva generación como son el medio ambiente, la ordenación del territorio y el patrimonio histórico- y es que en los delitos en los que se pretende su protección se hace uso, de forma un tanto habitual, de la técnica de tipificación de los delitos de peligro abstracto puro, produciéndose una falta de afectación real respecto al bien colectivo. Por esto debería tenderse -y esta es la posición que se mantendrá en este trabajo- al uso de los delitos de peligro hipotético en donde sí que se produce un cierto vínculo con el bien jurídico, al menos respecto a un *resultado* posible. Igualmente en los delitos mencionados sobre bienes colectivos se hace uso de las normas penales en blanco en donde a veces la infracción de las normas extrapenales ya supone la realización del delito (claro ejemplo es el art. 320 CP). En este sentido SOTO NAVARRO<sup>132</sup> advierte, acertadamente, que dado que las situaciones de peligro para esos nuevos bienes colectivos dignos de tutela penal provienen de sectores de actividad sometidos a un complejo entramado institucional de organización y control, no parece ser viable una configuración del bien jurídico y una tipificación autónoma, al margen de los modelos jurídicos de tutela extrapenal. Sobre esto, la tarea aún pendiente de desarrollo reside en marcar unos límites materiales a la accesoriedad administrativa, de modo que la norma penal no se convierta en un instrumento meramente sancionador. Según esta autora, el riesgo de criminalización de injustos formales -basados en el mero incumplimiento de obligaciones administrativas- se evita en la medida en que la incursión en dicho complejo normativo se dirija no a reforzar las decisiones de la autoridad administra-

---

<sup>130</sup> En tal sentido, ACALE SÁNCHEZ, *Los delitos urbanísticos*, cit., p. 211.

<sup>131</sup> Como ha advertido KINDHÄUSER, en *Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico*, LH-Klaus Tieddemann, p. 446, el poder determinar cuándo un acto individual lesiona o pone en peligro bienes colectivos presenta grandes dificultades ya que en ocasiones el perjuicio o riesgo del mismo sólo puede tener lugar no a través de actos aislados -incluso inocuos- sino a través de la repetición de éstos (delitos de acumulación) que en su conjunto sí pueden afectar al bien en la medida en que esta generalización de actos suponen un serio riesgo de alteración del funcionamiento del sistema.

<sup>132</sup> Vid. SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, pp. 219 y 230.

tiva competente, sino a obtener *criterios materiales adaptables a los juicios axiológicos de desvalor propios del Derecho penal* y a partir de los cuales se precise el bien jurídico-penal.

## **II. La rúbrica del Título XVI del Libro II CP y su conexión con los Capítulos I, II y III del mismo.**

Como se puede observar, los tres delitos objeto de nuestro estudio están insertos en el Tit. XVI del Libro II del CP cuya rúbrica es “De los delitos relativos a la protección del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”. A su vez, cada uno de los arts. 320, 322 y 329 CP aparece dentro de Capítulos distintos con enunciado diferente que no siempre coincide exactamente con la rúbrica general del Título mencionado.

Por tanto, parece lógico y resulta inevitable hacer algunas reflexiones relativas a los enunciados tanto de dicho Título como de cada uno de los tres Capítulos en donde aparecen los arts. 320, 322 y 329 CP.

No cabe duda de que la rúbrica y estructura del mencionado Título XVI (“*De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente*”) ha conllevado un cambio radical respecto a la protección *ambiental* en el ámbito del Derecho penal de nuestro país, que se materializa esencialmente en la separación de lo que es el bien jurídico de la salud pública (englobado actualmente en el Cap. III -De los delitos contra la salud pública- del Título XVII -De los delitos contra la seguridad colectiva-) de lo que son los bienes jurídicos “ambientales”<sup>133</sup>, que quedaban ciertamente vinculados en el CPA<sup>134</sup>.

---

<sup>133</sup> Al respecto hay que reseñar, no obstante, que en el vigente CP la puesta en peligro grave de la salud de las personas aparece en ocasiones bien como un factor que agrava la pena (por ej. el art. 325 CP) bien como elemento constitutivo del tipo (véase art. 328 CP).

<sup>134</sup> En efecto en el CPA, el art. 347 bis se vinculaba excesivamente a la puesta en peligro de la salud de las personas, insertándose dentro de la Sección 2ª. (“Delitos contra la salud pública y el medio ambiente) del Cap. II (“De los delitos de riesgo en general”) del Título V (“De la infracción de leyes sobre inhumaciones, de la violación de sepulturas y de los delitos de riesgo en general”) del Libro II.

La rúbrica del Título XVI es excesivamente complicada<sup>135</sup>. En efecto, en el mismo se plantea la cuestión de si se procede a proteger tres bienes jurídicos distintos o si, por el contrario, hay que entender que el bien jurídico es único, el medio ambiente, dentro del cual tienen cabida la ordenación del territorio (ambiente urbano), el patrimonio histórico (ambiente cultural) y el ambiente y los recursos naturales (ambiente natural). Esta última posición vendría avalada, según ACALE SÁNCHEZ<sup>136</sup>, por la inclusión del último Cap. V dentro del Tit. XVI, relativo a una serie de disposiciones comunes, de cuyo contenido se deduce que están dirigidas a la protección del ambiente. Al respecto, sin embargo, ya se justificó antes la autonomía y contenido propio que debe otorgarse a cada uno de esos tres bienes (claramente diferenciados dentro de los tres primeros capítulos del citado título), independientemente de los vínculos y conexiones que indudablemente existen entre ellos.

Dentro del citado Título XVI llaman poderosamente la atención dos aspectos. El primero de ellos es la referencia que se hace al adjetivo “relativos” (en plural) referido sólo a la ordenación del territorio, lo cual ha de entenderse como todo aquello que se halle relacionado con dicha actividad. Esto supondría contextualizar esa *ordenación* en un sentido sumamente amplio y vago en donde cupiesen facetas referidas al patrimonio histórico o al medio natural (lo que debe entenderse como bastante desacertado) y que lamentablemente es la idea que subyace en el tipo penal del art. 319 CP. El segundo aspecto que resulta llamativo es la separación o diferenciación que se hace por la conjunción “y” respecto de lo que es la ordenación territorial, por un lado, y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente, por otro. En mi opinión lo que se produce aquí es una clara falta de sistematización que en buena medida se ha corregido tanto en el Proyecto de Ley de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de nov., del CP publicado en el BO del Congreso de los Diputados (VIII Legislatura) de fecha 15 de enero de 2007, como en el actual Anteproyecto -en fase de informes- del Ministerio de Justicia de reforma de la Ley Orgánica del

---

<sup>135</sup> En tal sentido, por todos, ACALE SÁNCHEZ, *Los Delitos Urbanísticos*, 1997, p. 79.

Por el contrario, para otros autores, como LESMES SERRANOS, en *Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, en *Derecho penal administrativo*, cit., pág. 333, la rúbrica del Tit. XVI del CP es plenamente coherente ya que con las conductas ahí descritas se trata de proteger un entorno adecuado al desarrollo humano y sensible a los valores predominantes en las sociedades modernas, ya sea el que la propia Naturaleza proporciona, ya sea el creado por el hombre. Por otra parte, como ya vimos, la protección penal de estos bienes jurídicos constituye un mandato constitucional aunque en si mismo sea insuficiente para garantizar su preservación.

<sup>136</sup> ACALE SANCHEZ, *ob. ult. cit.*, p. 79.

Código penal de fecha 14 de nov. de 2008. En estos Proyectos se modifica la rúbrica del citado Título XVI estableciéndose una nueva redacción que es “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente”, que resulta más consecuente con los tipos delictivos que en el mismo se recogen. En efecto, el adjetivo “relativos” ya va referido a cada uno de los tres bienes jurídicos colectivos mencionados y respecto a la ordenación del territorio se viene a determinar que ha de ir dirigido no sólo a lo que es la planificación del suelo sino también a todo lo referido al urbanismo. Asimismo se sigue incidiendo que estamos ante tres valores que han de entenderse diferenciados y con autonomía propia.

Por último, es conveniente concretar que cuando se hace mención en el Título XVI al “medio ambiente” habrá de englobarse los “recursos naturales”, con inclusión de lo que es tanto la fauna como la flora (para los que se establece un Cap. IV) aunque con respecto a esto habrá que hacer referencia nuevamente cuando se haga mención al Cap. III del citado Título por los importantes problemas que plantea esa doble terminología.

#### **A. El Capítulo I del Tit. XVI “De los delitos sobre la ordenación del territorio”.**

Lo primero que llama la atención de la rúbrica de este Capítulo es la falta de coordinación respecto a la del Tit. XVI, en el que se ubica. En efecto, mientras que en éste se hacía referencia a “los delitos *relativos a...*”, en el Capítulo I se refiere a “los delitos *sobre* la ordenación territorial”. El uso de esa preposición no se llega a entender bien aunque el legislador se debe estar refiriendo a los delitos *acerca de* la ordenación del territorio, lo cual se puede entender también como “relativos a”. Se trata, creo, de una simple cuestión semántica.

Cuando en este Capítulo I se hace mención a la ordenación del territorio se alude una función pública tanto de prevención y corrección de desequilibrios territoriales como de la ocupación y uso desordenado del territorio<sup>137</sup>. En este sentido habría sido

---

<sup>137</sup> Vid. GARCÍA PLANAS, *El Delito Urbanístico (Delitos relativos a la ordenación del territorio)*, cit., p. 15; y VERCHER NOGUERA, *La delincuencia Urbanística*, cit., p. 55.

más acertado que el legislador, al referirse a la ordenación territorial en el mismo, también hubiera incluido todo lo referente al urbanismo en la forma en que está actualmente proyectado<sup>138</sup>.

El mayor problema que presenta la rúbrica de este Capítulo es que no todo lo tipificado en el mismo hace referencia exclusivamente a lo que es, en sí mismo, la ordenación del territorio (y por extensión lo urbanístico). En efecto, si se comprueba, por ejemplo, el art. 319 CP veremos que junto a la referencia a los “suelos destinados a viales, zonas verdes y suelos no urbanizables”, se hace mención igualmente a valores tan diferentes como “el ecológico, histórico, artístico o cultural”, lo cual produce una enorme distorsión a la hora de determinar, en concreto, el bien jurídico protegido en este Cap. I<sup>139</sup>.

Igualmente, y por el contrario, dentro del citado Capítulo no se recogen todas y cada una de las facetas que engloba todo lo que es la planificación territorial y urbanística del suelo. Es más, respecto a lo que nos interesa, como son los comportamientos irregulares de las autoridades y funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones urbanísticas, hay que decir que quedan tipificadas tan sólo unas pocas conductas y que además son las que producen menos deterioro respecto al bien jurídico protegido, según se comprobará en su momento. Concretamente las irregularidades funcionariales respecto a las urbanizaciones ilegales o las modificaciones ilegales de planes de ordenación urbana, por ejemplo, son aparentemente excluidas del tipo penal del art. 322 CP.

En cualquier caso, y pese a los problemas antes citados, no cabe duda -como ha advertido, por ejemplo, DE LA CUESTA ARZAMENDI<sup>140</sup>- del acierto de incorporar un capítulo relativo a esa ordenación racional del territorio (en el sentido del adecuado reparto y distribución del suelo para sus diversos usos), puesto que constituye, en los complejos sistemas sociales en que vivimos, un elemento indispensable para asegu-

---

<sup>138</sup> El Proyecto de Ley de 15 de enero de 2007 de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de nov., del Código penal y el Anteproyecto del Ministerio de Justicia de reforma de la Ley Orgánica del CP de fecha 14 de nov. de 2008 pasan a enunciar el Cap. I del Tit. XVI del Libro II como “De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”.

<sup>139</sup> ACALE SÁNCHEZ llega a afirmar, en *Delitos urbanísticos*, cit., p. 85, que la rúbrica del citado Cap. I es completamente insuficiente en la medida en que no sólo son delitos urbanísticos sobre la ordenación del territorio, sino que también lo son sobre el patrimonio histórico y el medio ambiente. Por ello -afirma- el bien jurídico protegido en el Cap. I citado es plural y no sólo porque esté en juego el llamado “correcto funcionamiento de la función pública”.

<sup>140</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente* Tit. XIII, L. II, PANCP 1983, DJ, nº. 37/40, pág. 173.



rar su funcionamiento y posibilita la pacífica participación de los ciudadanos en el mismo cara a la satisfacción de sus necesidades existenciales y humanas.

## **B. El Capítulo II del Tit. XVI “De los delitos sobre el patrimonio histórico”.**

Nuevamente se advierte en este Capítulo II una falta de coordinación entre su rúbrica y la del Título XVI, puesto que se hace referencia a “los delitos *sobre* el patrimonio histórico” y no a los “relativos a....” como se detalla en el citado Título, lo cual, como se dijo anteriormente, se debe entender como una cuestión de pura semántica<sup>141</sup>.

La introducción de este Capítulo específico con enunciado referido al patrimonio histórico<sup>142</sup> se llevo a cabo *in extremis* en el trámite de aprobación del Proyecto de la LO de CP en el Senado y desde luego, visto el contenido de las conductas tipificadas en el mismo, más acertado hubiera sido enunciarlo como “De los delitos contra los edificios de carácter histórico monumental” máxime considerando, según mi opinión, lo desacertado de incluir los tipos penales de daños relativos a “archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga etc.” (arts. 323 y 324) en este Capítulo.

Hay que especificar que cuando en el Capítulo se hace referencia al término “patrimonio” se hace con independencia al valor o naturaleza económica de los bienes que lo componen. Asimismo un importante sector doctrinal ha indicado que hubiera sido más acertado referirse a patrimonio “cultural” ya que la rúbrica de “histórico”,

---

<sup>141</sup> En cualquier caso hay que advertir que no toda la protección del patrimonio cultural se halla en este Capítulo II, sino que, por ejemplo, en el Cap. XII (“De la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural”) del Tit. XIII (“Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”) del CP se inserta el art. 289 según el cual “El que por cualquier medio destruyera, inutilizara o dañara una cosa propia de utilidad social o cultural, o de cualquier modo la sustrajera al cumplimiento de los deberes legales impuestos en interés de la comunidad, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses”. Asimismo artículos como el 432.2º ó el 253 CP, entre otros, se refieren al patrimonio cultural.

<sup>142</sup> Para un importante sector doctrinal el nuevo tratamiento sistemático de los delitos contra el patrimonio histórico al margen de los delitos contra el patrimonio y el orden socio-económico debe acogerse muy favorablemente, sin perjuicio de poner de relieve los errores técnicos habidos en su materialización. Por todos, TAMARIT SUMALLA, *Comentarios arts. 322 del Cp.*, en ComCP. 2ª. ed., 2001, pág. 1.541.

como indica el Capítulo, se antoja una expresión muy limitada, puesto que hay que entender que se protege igualmente el patrimonio artístico, cultural y monumental (siempre que de “edificios” se trate según los arts. 321 y 322 CP) que no siempre tendrán porqué tener carácter de “histórico”. Es decir, no sólo se protege el valor “histórico” del patrimonio sino su valor intrínseco-cultural<sup>143</sup>.

La protección que se hace en este Capítulo respecto al patrimonio histórico es más aparente que real, puesto que en ningún momento se protege el patrimonio en sí mismo considerado, sino sólo determinados objetos que lo integran. En efecto, se comprueba que, esencialmente, (y salvo en lo indicado en los arts. 323 y 324 CP) se excluyen los bienes muebles incluyéndose sólo los inmuebles (y únicamente los edificios singulares) en buena medida por la decisión del legislador de situar los delitos sobre este patrimonio histórico dentro del Título dedicado a la protección del medio ambiente; en este sentido parece que la conexión que pudiera existir entre el “ambiente” y los bienes muebles culturales se antoja imposible. Cabría afirmar que ha sido más el “patrimonio histórico” que se ha dejado fuera del Capítulo II, que lo que se ha incluido en el mismo<sup>144</sup>.

De todas las formas conviene también indicar que este Capítulo, que teóricamente debería proteger el bien jurídico del patrimonio histórico (o cultural), contiene, según mi opinión, dos defectos trascendentes. El primero es que en los tipos penales esenciales del Capítulo (arts. 321 y 322 CP) no se incluye como elemento objetivo las “construcciones de valor cultural” sino que sólo se mencionan los edificios lo cual otorgan a dichos delitos un carácter extremadamente restrictivo. El segundo es que se deberían haber incluido conductas relativas no ya sólo a la lesión de los bienes individuales que lo componen, sino también a los valores inherentes a dicho patrimonio en sí mismo considerado, y esto sólo se puede conseguir a través de los

---

<sup>143</sup> En igual sentido, y por todos, TERRADILLOS BASOCO, *Protección Penal del Medio ambiente en el nuevo CP español. Luces y Sombras*, EPC, t. XIX, 1996, pp. 304; y GUIASOLA LERMA, *Delitos contra el Patrimonio Cultural*, cit., p. 394.

<sup>144</sup> Como afirma acertadamente ACALE SÁNCHEZ, en *Delitos urbanísticos*, cit. p. 88, el motivo por el cual el legislador no dio el salto definitivo de incluir en este Cap. II toda la protección penal que se brinda a los bienes integrantes del patrimonio histórico es desconocido aunque ciertamente estuvo condicionado por la sistematización del Cap. I del Tit. XVI en virtud de la conducta típica, lo que conllevó que aquella parte del patrimonio histórico afectable por las construcciones ilegales (los bienes inmuebles reconducibles a zonas culturales naturales) siguiera dentro del Cap. I.

delitos de peligro contra ese valor patrimonial cultural adelantándose la tutela a ese momento previo de la efectiva lesión<sup>145</sup>.

### **C. El Capítulo III del Tit. XVI “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”.**

Aunque la rúbrica de este Capítulo expresa de mejor forma que los dos anteriores el ataque o la puesta en peligro del bien a protegerse, al utilizar la preposición *contra*, el mismo plantea problemas interpretativos, habiendo sido doctrinalmente muy criticado el enunciado de este Capítulo para acoger la tutela de bien jurídico ambiental, en tanto que resulta un tanto distorsionante. En efecto, este Capítulo III ya no sólo se refiere al “medio ambiente” (como se hacía en la rúbrica del Tit. XVI) sino que se amplía a lo que son (todos) los recursos naturales, dando a éstos un carácter prioritario pues se anteponen a aquél. Ello ha producido igualmente fuertes críticas a la sistemática empleada, ya que si el citado Cap. III va dirigido también a los recursos naturales y entre éstos se admiten comúnmente los factores bióticos como la flora y la fauna, cabe preguntarse qué sentido tendría incorporar un Cap. IV dentro del Tit. XVI en vez de englobarlo en el Cap. III<sup>146</sup>.

Igualmente al incluirse este doble concepto en la rúbrica del Cap. III podría entenderse que estamos ante cosas diferentes, y en consecuencia preguntarse qué diferencia hay entre ambos y qué hay más allá de tales recursos que compongan el medio ambiente. Sin embargo, se debe advertir que el uso de ambas nominaciones - “recursos naturales” y “medio ambiente”- es redundante porque los recursos naturales son medio ambiente. No cabe desvincular totalmente el medio ambiente de los recursos naturales, y en este sentido el art. 45.2 CE menciona a los recursos naturales como el objeto de atención de la política ambiental<sup>147</sup>.

---

<sup>145</sup> En tal sentido, ACALE SÁNCHEZ, *ob. ult. cit.*, p. 90.

<sup>146</sup> MUÑOZ CONDE, *DP PE*, 17ª ed., 2007, p. 572.

<sup>147</sup> Vid. MATELLANES RODRÍGUEZ, *Medio Ambiente y Funcionarios Públicos*, cit., p. 105.

El legislador, a través del Capítulo III, ha optado por un concepto de “ambiente” eminentemente “natural” -concepto restrictivo<sup>148</sup>- en el que se intenta proteger el conjunto del entorno natural en el sentido de “equilibrio de los sistemas naturales” en el que -pese a sus vínculos y conexiones- no pueda tener cabida ni la ordenación del territorio y urbanismo, ni el patrimonio cultural, puesto que el legislador ha decidido enmarcar estos bienes en distintos apartados diferenciados (concretamente Cap. I y II).

Como afirma PÉREZ LUÑO<sup>149</sup>, el medio ambiente, al que se refiere la rúbrica del Capítulo III, debe ser entendido desde la nota de su globalidad, sistematicidad o unidad. Es decir, una cosa son los elementos naturales que componen el medio ambiente -aire, agua, suelo etc.- y otra el medio ambiente en sí mismo, como sistema o mejor dicho “ecosistema”, como conjunto coherente de factores interrelacionados y solidarios que responden a unas pautas de comportamiento, sin perjuicio de la heterogeneidad que pueden tener entre sí los elementos componentes<sup>150</sup>. Por tanto, la comprensión del medio ambiente en la rúbrica del Cap. III del Título XVI ha de entenderse desde un contenido naturalístico que determina que sea el mantenimiento del equilibrio, que ha de presidir todo el sistema, lo que sustancializa la protección jurídico-penal<sup>151</sup>. Precisamente en base a todo esto, ACALE SÁNCHEZ<sup>152</sup> considera que cuando se hace referencia en el citado Capítulo a los “recursos naturales” el legislador quiere referirse al objeto material del delito, mientras que cuando se alude al “medio ambiente” se quiere referir concretamente al bien jurídico penalmente protegido.

Un último dato a tener en cuenta en este Capítulo es que se desvincula completamente el medio ambiente a la referencia básica a la salud de las personas (aunque se mantenga este criterio exclusivamente como agravación de la pena en el art. 325 CP), contrariamente a como acontecía en la regulación del CPA.

---

<sup>148</sup> Vid. JORGE BARREIRO, *El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995*, en Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español, cit., p. 5.

<sup>149</sup> Vid. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 462.

<sup>150</sup> ARIAS DÍAZ, en *Daños al medio ambiente derivados de vertidos de aguas*, cit., p. 392, afirma acertadamente que cuando se produce un ataque sobre uno de estos integrantes materiales que componen el medio ambiente lo más probable es que se esté afectando a todo su conjunto.

<sup>151</sup> Vid. al respecto, CARO CORIA, *La estabilidad del ecosistema como bien jurídico-penal y su protección mediante la técnica de los delitos de peligro*, cit., p. 256 y ss.; y MATELLANES RODRÍGUEZ, *ob. ult. cit.*, p. 105.

<sup>152</sup> ACALE SÁNCHEZ, *Delitos Urbanísticos*, cit., p. 90.

### III. La Ordenación del Territorio, el Patrimonio Histórico y el Medio Ambiente como materia de protección penal en el Tit. XVI.

Una vez efectuado el análisis de la rúbrica del Tit. XVI, es conveniente entrar a analizar en concreto la pretensión del legislador cuando, haciendo uso del Derecho penal (que supone la *ultima ratio*), introduce en el CP estos tres preceptos, adoptando una medida político-criminal totalmente novedosa hasta el momento. Sin duda, la intención debería haber sido el amparo de la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y el ambiente natural con motivo de las actuaciones que efectúan dentro de sus competencias *ambientales* (en sentido amplio) las autoridades y funcionarios públicos, puesto que los arts. 320, 322 y 329 CP quedan insertados en el Tit. XVI del Libro II CP y no en el Tit. XIX (Delitos contra la Administración Pública).

En modo alguno quiere decirse que en estos delitos no se trate de amparar (aunque posiblemente en menor medida) también el “correcto funcionamiento de la función pública” (de ahí el carácter pluriofensivo de dichos delitos), ya que los sujetos activos de los mismos, entran de lleno en el quehacer diario de la Administración pública *ambiental* (ya sea local, autonómica o estatal).

Asimismo, observado el unitario Título XVI citado (“De los delitos relativos a la ordenación del territorio, y de la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”), se comprueba que a continuación el mismo es desglosado a través diferentes Capítulos, referidos sucesivamente los tres primeros a los delitos sobre la ordenación del territorio, a los delitos sobre el patrimonio histórico y a los delitos contra los recursos naturales y medio ambiente. Esto significa que entre ambos bienes o valores existen conexiones y diferencias significativas que sin duda habrán de detallarse.

Igualmente será imprescindible concretar y delimitar, con la máxima precisión posible, los específicos bienes jurídicos penales colectivos denominados “ordenación del territorio”, “patrimonio histórico” y “medio natural” otorgándoles el contenido y la autonomía propia, puesto que de forma independiente han sido tipificados los delitos relativos a cada una de esas materias.

### **A. Vínculos y diferencias existentes entre la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y el medio ambiente. Necesidad de concreción de los mismos.**

La ordenación del territorio, el patrimonio histórico y el medio ambiente son bienes que están dotados de cierta estabilidad por lo que no pueden constituir valores puramente coyunturales. Son bienes respecto a los que hay que destacar su carácter esencial reconocido en los arts. 45, 46 y 47 CE. Por tanto, es necesario conceptualizarlos desde el punto de vista material, dotándolos de contenido.

A primera vista se observa que entre esos tres bienes jurídicos debe haber estrecha conexión y vínculos. Así se desprende de la rúbrica actual Tit. XVI del Libro II CP donde son englobados conjuntamente bajo un mismo enunciado los mencionados valores. Igualmente su conexión se puede deducir del art. 45.2 de la CE cuando se constata de forma rotunda que “los poderes públicos velarán por la utilización racional de *todos* los recursos naturales”. Es evidente que cuando ese precepto se refiere de modo expreso a “*todos* los recursos naturales” se está refiriendo al agua, al aire, a la gea, a la fauna y la flora, al suelo, e incluso, al patrimonio histórico asentado en el suelo. Es más, en una formulación ecológica del ambiente natural, no sólo debe protegerse cada uno de los elementos mencionados, sino también, y sobre todo, el conjunto que forman todos ellos interrelacionados<sup>153</sup>.

Asimismo la Carta Europea de Ordenación del territorio de 23 mayo de 1983 vinculaba los tres valores indicados, al definir la ordenación del territorio como expresión espacial de la política económica, social, *cultural* y *ecológica* de toda la sociedad.

La misma perspectiva mantiene el propio TC a través de la Sentencia de 102/95, de 26 de junio, cuando afirma que el medio ambiente consiste en el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida.

Lleva razón SALINERO ALONSO<sup>154</sup> cuando, partiendo del contenido del art. 45.1 de la CE, afirma que “medio ambiente adecuado” para el desarrollo de la persona no

---

<sup>153</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, *Protección penal del ambiente*, en Comentarios a la Legislación penal, p. 262.

<sup>154</sup> Vid. SALINERO ALONSO, *La protección del patrimonio histórico en el CP de 1995*, cit., p. 36.

solamente será aquel que posibilite el disfrute del medio ambiente natural tradicional, sino también aquel que satisfaga las necesidades artísticas, estéticas y *culturales* del individuo. Es decir, parecen vincularse el ambiente natural en el que se inserta el territorio con las necesidades culturales, como es el disfrute por parte de las personas del patrimonio histórico.

Sin embargo, las anteriores generalizaciones referidas a estos tres bienes son demasiado amplias o globalistas a los efectos penales que nos interesan, pues tienden a identificar estos conceptos con todo aquello susceptible de ser conectado con la idea de “calidad de vida”<sup>155</sup>. Son criterios que no pueden ser empleados por la doctrina penal por entenderse demasiado vagos, siendo necesario concepciones más restrictivas. Es decir, a cada uno de estos bienes hay que darles sustantividad y autonomía propia, subrayando sus propias peculiaridades, pues precisamente los delitos relativos a cada una de esas materias van insertos en capítulos diferentes del referido Título XVI (del Libro II) del CP<sup>156</sup>.

Deslindar dentro de lo posible el contenido de cada uno de estos bienes colectivos tiene gran trascendencia, debido a que del desconocimiento de las conexiones existentes entre las materias medio ambientales, o las relativas a la ordenación del territorio o del patrimonio histórico, arranca precisamente la confusión que en torno al concepto jurídico del “ambiente” existe hoy en la regulación penal de los delitos recogidos en el citado Tit. XVI de nuestro texto punitivo. Así un claro ejemplo de ello puede verse en el art. 319.1 CP en donde se mezclan elementos claramente urbanísticos (“*edificación en suelo no urbanizable*”) con elementos relativos al patrimonio cultural (“*construcción no autorizada en suelos con valor histórico o cultural reconocido*”) o elementos ambientales (“*construcción no autorizada en suelos que tengan reconocido su valor ecológico*”).

Es cierto que entre el medio ambiente y la ordenación del territorio se observa una estrecha relación, pues la gestión de ésta influye decisivamente en aquél<sup>157</sup>, pero ello no debe suponer su confusión. El cometido de la ordenación del territorio es la

---

<sup>155</sup> Vid. GÓMEZ TOMILLO, *Urbanismo, Función Pública y Derecho penal*, cit., p. 23.

<sup>156</sup> Constancia de que debe existir diferencias entre esos valores se plasma en el art. 148.1 n.º. 3.º, 9.º, y 16.º. de la CE -referido a las competencias de las Comunidades Autónomas- en donde se hace clara distinción entre lo que es la ordenación del territorio, la protección del ambiente y la defensa del patrimonio cultural autonómico.

<sup>157</sup> En este sentido DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente Tit. XIII, L. II, PANCP 1983*), DJ, n.º. 37/40, p.179.

distribución de la totalidad de los usos del suelo, o lo que es lo mismo: la proyección en el espacio de la política global de una sociedad; significa vincular las actividades humanas al territorio<sup>158</sup>. De hecho confluye una pluralidad de intereses colectivos e individuales como pueden ser el número de habitantes, la necesidad de vivienda, el esparcimiento colectivo, la conservación de los bienes inmuebles del patrimonio cultural, la protección de la naturaleza etc. El medio ambiente no es más que uno de los múltiples intereses que se equilibran dentro de la ordenación del territorio. Ésta “se preocupa” por la protección de medio ambiente, pese a que propiamente “no sea” medio ambiente. Esta ordenación es un objetivo de política territorial a satisfacer con las técnicas urbanísticas<sup>159</sup>. Todo lo relativo a esta planificación urbanística - en sentido estricto- no entra orgánicamente dentro del Derecho de protección ambiental, en la medida en que los instrumentos urbanísticos abarcan la protección del ambiente de forma instrumental y no esencial: la ordenación del territorio y el urbanismo representa una realidad en sí misma debido a la extraordinaria complejidad de la materia<sup>160</sup>. Por su parte, la referencia al medio ambiente se efectuará exclusivamente a las propiedades de los elementos naturales (suelo, aire y agua) y su interrelación dentro del ecosistema.

Igualmente hay que diferenciar el medio ambiente con lo que es el patrimonio cultural, pese a las zonas de convergencia que también ostentan estos valores<sup>161</sup>. Al respecto hay que destacar que no todos los bienes pertenecientes al patrimonio cultural forman parte del contenido del medio ambiente, sino que sólo lo serán aquellos en los que haya influido la acción del hombre. Es decir, únicamente aquéllos bienes que, formando parte del patrimonio histórico, incidan sobre el conjunto de condiciones externas que conforman el contexto de la vida humana, tendrán la consideración, a su vez, de bienes ambientales<sup>162</sup>. Si por el contrario la razón de ser de la defensa y protección es su valor natural “per se”, estos bienes no formarán parte del patrimo-

---

<sup>158</sup> Vid. GARCÍA PLANAS, *El Delito Urbanístico. (Delitos relativos a la Ordenación del Territorio)*, cit., p. 27.

<sup>159</sup> El instrumento indispensable dentro de esta ordenación es la planificación urbanística que es la que asigna actividades al espacio. Vid. GARCÍA PLANAS, *ob. ult. cit.*, p. 27.

<sup>160</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, *Delitos Urbanísticos*, cit., pp. 42-43.

<sup>161</sup> Como acertadamente recuerda PÉREZ LUÑO, en *Comentarios a los arts. 45 y 46 CE*, en *Comentarios a las Leyes Políticas*, dir. Alzaga Villamil, t. IV, p. 296, la contaminación afecta directamente a la conservación de los bienes culturales; así tenemos la llamada “enfermedad de piedra” que no es otra cosa que la descomposición de los materiales de construcción por los óxidos sulfurosos y otros agentes contaminantes.

<sup>162</sup> Vid. SALINERO ALONSO, *La Protección del Patrimonio Histórico en el CP de 1995*, cit., p. 37.



nio histórico<sup>163</sup>. En consecuencia, todo lo ambiental no es reconducible a lo cultural, ni todo lo cultural es reconducible a lo ambiental. Lo que se refleja fundamentalmente en el patrimonio cultural es precisamente las señas de identidad de las civilizaciones y de las culturas de los pueblos de España<sup>164</sup> y su pertenencia a la generalidad de personas que conforman su comunidad social. Lo que interesa respecto a ese patrimonio son sus propias características intrínsecas, los valores objetivos de que son portadores y que originan un interés común<sup>165</sup>.

En cuanto al vínculo de la ordenación del territorio con el patrimonio histórico conviene recordar que en el proyecto de ley orgánica, que más tarde daría pie al vigente CP, los delitos contra ambos bienes se recogían dentro de un mismo Capítulo I (del entonces Título XIII) titulado “De los delitos sobre la ordenación del territorio”. Sin embargo, hay que matizar que tales bienes jurídicos presentan componentes diferentes, lo que parece que olvidó el legislador al establecer las conductas típicas.

Cuando a nivel jurídico-penal se habla de ordenación del territorio, debería hacerse esencialmente respecto a la distribución del suelo mediante la planificación pertinente realizada por el hombre, mientras que cuando se hace mención al patrimonio histórico lo que se debería haber tenido en cuenta son los valores inherentes - y objetivos- a dicho patrimonio en sí mismo considerados y en su conjunto.

Es decir, la significación del patrimonio cultural está en los valores consustanciales que forman parte de su naturaleza y de su esencia y que presupone un régimen especial para garantizar su conservación y disfrute por parte de la comunidad entera<sup>166</sup> como “contribución histórica de los españoles a la civilización universal y de su capacidad creativa contemporánea”<sup>167</sup>. Y ahí subyace a mi entender el principal defecto del legislador penal, al tipificar los delitos contra el patrimonio cultural (al menos respecto a los arts. 321 y 322 CP) como si fueran unos delitos urbanísticos más, haciendo alusión exclusivamente a los objetos inmuebles (y dentro de estos sólo en lo que se refiere a *edificios*) dignos de protección del patrimonio histórico, olvidando el contenido real de éste, que es mucho más amplio. En conclusión, el

---

<sup>163</sup> Vid. BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, p. 189.

<sup>164</sup> Vid. GONZÁLEZ RUS, *Presupuestos constitucionales de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico*, en Estudios Penales y Jurídicos, LH-Casas Barquero, 1996, p. 293.

<sup>165</sup> Vid. GUIASOLA LERMA, *Delitos contra el Patrimonio Cultural. Arts. 321-324 CP*, cit., pp. 286 y 396.

<sup>166</sup> Vid. SALINERO ALONSO, *ob. ult. cit.*, p. 51.

<sup>167</sup> Vid. Preámbulo de la LPHE de 25 de junio de 1985.

legislador no deslinda convenientemente el contenido de cada uno de esos dos valores (ordenación del territorio y patrimonio cultural), que sí son diferenciables.

## **B. Determinación de los presupuestos del bien jurídico-penal. ¿Cumplen estos tres bienes colectivos con tales requisitos?**

Anteriormente se fijaron como exigencias para que un bien colectivo estuviera penalmente protegido que el mismo tuviera, en primer lugar, una importancia relevante para la sociedad -teniendo este carácter aquellos que el ser humano precisa para su libre autorrealización<sup>168</sup>- y, en segundo lugar, que exista la necesidad de protección, lo que acontecerá cuando dicho bien sea lesionado con frecuencia o al menos puesto en peligro y siempre respetando que la materia penal supone la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico.

Se trata de comprobar, por tanto, en este momento si los bienes “ordenación del territorio”, “patrimonio histórico” y “medio ambiente” reúnen las exigencias o no a los efectos de la protección penal que se les ha otorgado en el texto punitivo, analizando qué aspectos de estas materias justifica el recurso del Derecho penal sin producir detrimento del principio de intervención mínima por el que debe regirse esta rama del ordenamiento jurídico. En este sentido, como afirmó ESER<sup>169</sup>, ante el carácter limitado de los bienes naturales, la protección frente a la contaminación deberá complementarse y hacerse patente mediante los correspondientes tipos penales, los cuales deberán dirigirse igualmente a la conservación de los ya existentes. Para este autor, en las cuestiones ecológicas sólo puede acudir, en principio, a las demandas de reparación jurídico-civiles una vez producidos los daños (que hay que evitar que se produzcan), mientras que la prevención puramente administrativa adolece del problema de la falta de la fuerza coactiva necesaria. Por ello hay que procurar una mejor prevención mediante una creación más amplia de “delitos de peligro abstrac-

---

<sup>168</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 271.

<sup>169</sup> Vid. ESER, *Derecho Ecológico*, Revista de Derecho Público, nº. 100-101, año XI, 1985, p. 643.

to”, lo cual significa que serían ya sancionables actividades que ponen en peligro, con carácter general, el *ambiente* sin que ello se haga depender de la prueba de un daño concreto acaecido. De esta manera la protección jurídico-penal puede convertirse ya en eficaz antes de que se haya llegado efectivamente al peligro para los bienes ambientales (anticipación de la tutela penal).

Desde luego en cuanto se refiere a la ordenación del territorio habrá que adelantar que la faceta que se pretende proteger en el Cap. I del Tit. XVI del CP no es esencialmente la urbanística, sino también la relativa a la ordenación en el sentido de *planificación* como búsqueda de un equilibrio entre numerosos intereses contrapuestos relativos al desarrollo de los asentamientos humanos<sup>170</sup>. Que esta materia es especialmente trascendente e importante socialmente no admite duda, puesto que incide permanentemente en la vida misma de los pueblos y de las personas que viven en los centros urbanos, teniendo repercusión en sus viviendas, en su entorno, en sus condiciones internas, en las instalaciones de servicios públicos etc. formando todo ello parte de su existencia vital a través de la que logra la calidad de vida mínima y necesaria. Lo que se persigue con la ordenación es *racionalidad* entre un cúmulo de intereses que se producen y se generan por la misma forma de vida de los ciudadanos dentro de la sociedad (piénsese por ejemplo el control sobre la densidad de la población, el número de habitantes, el abastecimiento de servicios mínimos, las posibilidades de esparcimiento colectivo, el paisaje urbano, el respeto al medio ambiente etc.). Todo ello supone una imperiosa necesidad colectiva de protección de este bien, cada vez más sentida, al comprobar el patente deterioro físico del uso del suelo que se realiza, el cual no es utilizado, en muchas ocasiones, según el interés general, produciéndose hacinamiento, bolsas de pobreza (suburbios), operaciones especulativas etc. que han provocado en ocasiones una serie de circunstancias de marginación social, problemas de salubridad, pérdida de identidad de los ciudadanos etc.<sup>171</sup>.

Por tanto, parece que no cabe duda que respecto al urbanismo y la ordenación del territorio, como bienes jurídicos de vital importancia, está plenamente justificada la

---

<sup>170</sup> Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente*, Tit. XIII, L.II, PANCP 1983, DJ, nº. 37/40, vol. II, 1983, p. 907; en contra de esta posición ACALE SÁNCHEZ la cual entiende, en *Delitos Urbanísticos*, p. 204, que el legislador ha centrado la protección penal de un bien jurídico tan amplio, como la ordenación del territorio, a lo que es exclusivamente el urbanismo.

<sup>171</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, *Delitos Urbanísticos*, cit., p. 205.

intervención del Derecho penal en cuanto a las agresiones más graves, dentro del respeto al principio de intervención mínima.

Respecto al bien jurídico del patrimonio histórico tampoco parece haber dudas respecto a la concurrencia de los presupuestos para su tutela penal, y no ya sólo por el mandato expreso del art. 46 CE<sup>172</sup> (“La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio”<sup>173</sup>). En efecto, estamos ante un bien de vital importancia social reconocido no sólo formalmente por su previsión o relevancia constitucional indicada, sino también materialmente porque en el mismo se plasman las señas de identidad de las civilizaciones y de la cultura de los pueblos, constituyendo esto la piedra angular concreta de su protección. Lo que determina su especial protección penal no sólo es el valor cultural del bien en sí mismo, sino también la función social que desempeña al servir de instrumento y acceso a la cultura. Asimismo el patrimonio histórico es susceptible de tutela desde el mismo momento en que se concreta en bienes materiales potencialmente lesionables (en el sentido de lesión materialmente constatable y perceptible directamente por los sentidos). Se está, por tanto, ante bienes cuya protección viene reclamando la sociedad, quien ha podido contemplar con frecuencia los atentados a los bienes que componen nuestro patrimonio colectivo y que ello ha conllevado una indudable alarma y preocupación social, puesto que la ofensa a estos bienes significa una pérdida irreparable de una parte esencial de nuestro acervo cultural, deviniendo así su necesidad de tutela penal. En este sentido no podemos olvidar que los elementos que lo integran constituyen un extraordinario legado de la historia que tenemos el derecho de disfrutar, así como la obligación de preservar, enriquecer y transmitir a generaciones futuras<sup>174</sup>. Esta necesidad jurídico-penal debe admitirse desde el principio de intervención mínima una vez que resulten insuficientes otras vías de protección de las demás ramas del ordenamiento, siendo por ello que sólo se penalizarán los atentados más graves dirigidos contra este Patrimonio.

---

<sup>172</sup> Como indica acertadamente GONZÁLEZ RUS, en *Presupuestos Constitucionales de la Protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico*, cit., p. 292, en este campo del patrimonio cultural la actuación penal resulta imperativa, anulando la capacidad del legislador ordinario para valorar y decidir sobre la oportunidad de la misma, lo cual resulta dudosamente compatible con el principio de intervención mínima.

<sup>173</sup> Según ha reiterado mayoritariamente la doctrina, hubiera sido más acertado que se hubiera establecido en este precepto 46 CE que “La ley administrativa, o en su caso la penal, sancionará.....”, al estilo incompleto a como se recoge en el art. 45.3 de la CE; por todos, GUIASOLA LERMA, *Delitos contra el Patrimonio Cultural*, cit., p. 257.

<sup>174</sup> Vid. GONZÁLEZ RUS, *ob.ult. cit.*, p. 293.

Finalmente también se puede afirmar con claridad que el medio ambiente -y los recursos naturales- participan de los ingredientes que les hacen merecedores de la consideración de bien jurídico penalmente protegido<sup>175</sup>. Ya la Exposición de Motivos del Proyecto de CP de 1.992 afirmaba que “la creación del Título XIII.....obedece también a que el medio ambiente y los recursos naturales, gravemente amenazados, son hoy preocupaciones de primer orden que se traducen en la indudable aparición de un bien jurídico”. La importancia de este bien es incontestable puesto que la preocupación de la sociedad por el mismo se ha convertido en cuestión esencial<sup>176</sup>. Como afirma acertadamente HEFENDEHL<sup>177</sup>, en el Derecho penal del medio ambiente están ubicados bienes jurídicos consistentes en contingentes agotables y relevantes. Respecto a los recursos medioambientales protegidos, se trata en el fondo de bienes descriptivos que, a diferencia de los bienes jurídicos de confianza, son consumibles debido a su carácter limitado y la imposibilidad de que se reproduzcan a voluntad. Aquí está la razón determinante -según el citado autor- de su especial merecimiento de protección.

La conservación y mantenimiento del medio ambiente resulta primordial no ya para asegurar el funcionamiento de un sistema social concreto, sino también para la propia existencia del ser humano y la vida en general<sup>178</sup>. Además son muchas las necesidades existenciales y humanas que por su deterioro y destrucción quedarían insatisfechas o encontrarían graves dificultades para su adecuada satisfacción<sup>179</sup>. Por tanto, su incidencia en las relaciones sociales, de las que los individuos son el núcleo, es trascendental.

---

<sup>175</sup> Así precisamente lo recogió el art. 45.3 CE cuando fijó sanciones penales o, en su caso, administrativas para quienes violaren las leyes ambientales derivadas del art. 45.2 del texto constitucional.

<sup>176</sup> Obviamente el problema ecológico no es algo totalmente nuevo, pero sí mucho más inquietante que en épocas pasadas pues la rapidez con la que se está deteriorando el medio en los últimos lustros no tiene parangón.

<sup>177</sup> HEFENDEHL, *El bien jurídico como eje material de la norma penal*, trad. M<sup>a</sup>. Martín Lorenzo, en *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, cit., 2007, p. 190.

<sup>178</sup> Lleva razón JORGE BARREIRO cuando indica, en *El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995*, cit., pp. 27-28, que no se puede desconocer la enorme potencialidad lesiva de las conductas llevadas a cabo en la sociedad actual que se manifiesta especialmente en el consumo abusivo de los recursos naturales y que pone en peligro la supervivencia de la vida humana en el planeta. Por ello el Derecho penal del siglo XXI, que no puede ignorar la magnitud de la amenaza que llevan consigo los ataques al medio ambiente, no debe renunciar a su protección.

<sup>179</sup> Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente Tit. XIII, L. II PANCP 1983*, DJ, n<sup>o</sup>. 37/40, pp. 882-883.

A su vez la necesidad de la protección penal del bien *medio-ambiental* se ha debido al incremento del deterioro de nuestro entorno vital; en efecto, la contaminación y deterioro de las aguas, los vertidos radiactivos, la erosión del suelo y la desertización, las devastaciones forestales, la polución atmosférica, la extinción de numerosas especies animales etc., unido a que la abundante normativa de derecho administrativo desarrollada al respecto no haya dado los frutos esperados, ha hecho que la intervención penal fuese inaplazable, otorgando el carácter de bien protegido al medio ambiente dentro -eso sí- del papel de *ultima ratio* que le corresponde al Derecho penal (sin olvidar nunca el uso de otros medios preventivos y represivos pero penales<sup>180</sup>) y sólo respecto a las ofensas más graves y a la vez salvaguardando las demás garantías penales (principios de ofensividad, proporcionalidad, intervención mínima etc.).

#### **IV. Los intereses protegidos en los arts. 320, 322 y 329 CP.**

Todo lo especificado en los anteriores epígrafes sería insuficiente si no se concretara con máximo detalle cuales son los concretos bienes jurídicos protegidos en los delitos analizados en este trabajo, considerando que, con su simple lectura, se constata perfectamente que nos hallamos ante unos delitos pluriofensivos, en tanto que no solo están en juego los intereses del territorio, del patrimonio histórico y del entorno natural, sino que, al ser el sujeto activo las autoridades y funcionarios públicos, está también en cuestión la confianza de la ciudadanía en el desempeño de una función pública correcta y honesta que defienda los intereses públicos.

Por tanto, concurriendo una doble “ofensa” en los citados delitos funcionariales -común o genérico en lo relativo a la función pública, y específica en cuanto al ámbito *ambiental*- es conveniente desglosar en diferentes epígrafes los detalles de cada uno de los bienes que se pretenden proteger. Esto hay que hacerlo partiendo de un principio básico que debe subyacer respecto al contenido material de los bienes jurí-

---

<sup>180</sup> Vid. JORGE BARREIRO, *ob. ult. cit.*, p. 7.

dicos *específicos* de los arts. 320, 322 y 329 CP, que es la uniformidad mínima que debe de concurrir dentro de cada uno de los tres Capítulos del Tit. XVI del Libro II del CP.

En efecto, no parece lógico pensar que estando el art. 320 CP enclavado dentro “De los delitos sobre la ordenación del territorio”, donde se halla igualmente ubicado el tipo básico del art. 319 CP, utilizásemos, en cada uno de esos dos tipos penales, diferentes concepciones de los que debe ser la *ordenación del territorio* como bien jurídico a proteger (ello pese a que el citado art. 319, por su amplitud, también denota cuestiones ambientales o relativas al patrimonio cultural). Lo mismo cabría decirse respecto al bien jurídico *específico* del art. 329 CP y el tipo básico del art. 325 CP donde la definición que haya de hacerse del “medio ambiente” -desde el punto de vista jurídico-penal- ha de ser esencialmente válida no sólo para estos tipos penales, sino también para todo el Cap. III del Tit. XVI del Libro II CP. Exactamente lo mismo deberá acontecer con el bien jurídico de los delitos del Cap. II (Arts. 321 y 322 CP) Tit. XVI Libro II CP respecto al patrimonio histórico.

Por último, debe igualmente resaltarse, una vez más, el deseo del legislador de insertar los delitos de los arts. 320, 322 y 329 CP dentro del Tit. XVI del Libro II y no dentro del Título relativo a los “Delitos contra la Administración Pública” (Tit. XIX), lo que debería entenderse, creo yo, como un interés máximo en destacar la trascendencia que tienen las cuestiones ambientales (en sentido amplio) desde el punto de vista social y respecto de las cuales las funciones de control y supervisión de los funcionarios públicos resulta esencial.

#### **A. El “correcto funcionamiento de la Administración pública” como bien protegido genérico en los delitos previstos en los arts. 320, 322 y 329 CP.**

El motivo de los arts. 320, 322 y 329 CP deriva de la mala actuación en que pueden incurrir los poderes públicos a través de las autoridades y funcionarios públicos en este ámbito. Por consiguiente, parece plenamente lógico y exigible que,

si todos los poderes públicos del Estado están sujetos al contenido del art. 9.1 y 9.3 CE y al resto del ordenamiento jurídico, el Derecho penal se haya preocupado por el correcto ejercicio de la función pública no sólo con carácter general en todas las actividades que desempeña la Administración pública, sino específicamente en las materias *ambientales* a las que se refiere el Título XVI del Libro II del CP.

Como viene afirmando RUDOLPHI<sup>181</sup>, no cabe la menor duda que la “Administración pública del Estado” (que, insisto, debe velar por la legalidad democrática en materias tan esenciales como el urbanismo, el patrimonio cultural y el ambiente) es digna de protección en tanto en cuanto la función que a ella le incumbe es parte integrante de nuestra sociedad y al mismo tiempo inexorable presupuesto para la vida en común próspera de individuos libres dentro del Estado<sup>182</sup>.

La determinación de cual debe ser el bien protegido en los delitos funcionariales ha ido cambiando a lo largo del tiempo. Abandonada definitivamente la vieja posición doctrinal de que el bien jurídico protegido en los delitos de los funcionarios venía determinado por el *deber inherente al cargo*, o lo que es lo mismo, la *infracción de un deber de fidelidad*<sup>183</sup>, la doctrina española ha venido construyendo un nuevo criterio al respecto. Así dentro de la actual doctrina mayoritaria conviene re-

---

<sup>181</sup> Vid. RUDOLPHI, *Los Diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*, NPP, Revista de Derecho y Ciencias Penales, 1975, p. 343.

<sup>182</sup> RUDOLPHI, en *ob. ult. cit.*, p. 343, sigue afirmando: “El sustrato real de este “bien” no es un estado cualquiera, sino su función dentro de los márgenes de la sociedad, es decir, la unidad funcional-social descrita con el concepto administración pública. Ella es para el legislador valiosa y digna de protección en tanto que su ejercicio imperturbable es un presupuesto esencial para la permanencia de nuestra vida social estructurada sobre la libertad y responsabilidad de los individuos. El bien jurídico común de todos los tipos penales que protegen a la Administración Pública de abusos y perturbaciones (entre los cuales hay que incluir obviamente los arts. 320, 322 y 329 CP), es la Administración como verdadera unidad funcional necesaria para una sociedad constitucionalmente organizada.

<sup>183</sup> En efecto, el enunciado del Tit. VII del Libro II del CPA (“De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”) dio pie a la determinación del bien jurídico no en base al objeto a protegerse por los delitos correspondientes, sino en base a los sujetos activos de los mismos que ejecutan el hecho. Vid. MIR PUIG, *Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función*, en Los delitos de los funcionarios públicos en el CP 1995, p. 306.

La crítica radical a la fijación de ese bien jurídico se fundamentaba en que se vinculaba la “infracción de cargo” a ese quebrantamiento de la fidelidad, lealtad y confianza que une al funcionario con el Estado (olvidando al ciudadano) y al ataque a la dignidad de que éste se encuentra revestido como el fundamento de la respuesta penal a los delitos de los funcionarios. La relación funcionario-Estado terminaba por situar el núcleo del injusto en la lesión de la autoridad del Estado, revelando una connotación un tanto antidemocrática y una concepción totalitaria del delito. Vid. MATELLANES RODRÍGUEZ, *Medio Ambiente y Funcionarios Públicos*, cit., p. 105.

Respecto a los autores partidarios que defienden la infracción de deberes de cargo como bien jurídico protegido Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*, LH-Casabó Ruiz, vol. II, pp. 350-366.



señar a BACIGALUPO ZAPATER<sup>184</sup> que considera que el interés digno de protección jurídico penal en estos delitos de funcionarios se halla en el ejercicio de la función pública y la lesión de la confianza de los ciudadanos en el ejercicio del poder administrativo de acuerdo con los principios del Estado de Derecho. También MATELLANES RODRÍGUEZ<sup>185</sup> entiende que la única posible lectura, en clave garantista, del bien jurídico protegido en estos delitos funcionariales “reposa en la contemplación de los intereses reales que los ciudadanos reclaman, y a cuyo servicio y a los fines de cuya satisfacción actúan las funciones públicas”. El núcleo del desvalor de las conductas desempeñadas por el funcionario público ha de reposar en la puesta en peligro o la lesión de ese interés específico al que tiende la actuación de la función pública; es decir, el contenido básico de la función pública como bien jurídico-penal ha de ser la satisfacción de los intereses de los ciudadanos. Para BUSTOS RAMÍREZ<sup>186</sup> el bien jurídico es la función administrativa pública y su correcto ejercicio. Igualmente ORTS BERENGUER<sup>187</sup> viene afirmando que el bien jurídico protegido en estos delitos se halla representado por el servicio que los poderes públicos han de prestar a la comunidad y no por la violación del deber del cargo. Por último, MÉNDEZ RODRÍGUEZ<sup>188</sup> opina que el “bien jurídico función pública” ha de referirse al ejercicio en sentido estricto del poder público, a los casos en que ese poder implica efectivamente intervención unilateral en las esferas jurídicas de terceros. Es precisamente por la trascendencia de las facultades de quienes ejercen el poder en relación a terceros, por lo que interesa sobremanera, a efectos penales, que su ejercicio se desarrolle correctamente.

La idea mencionada de *función pública* -que desde el punto de vista jurídico-penal debe tener autonomía propia, cuestión sobre la que volveré a referirme en la Tercera Parte de este trabajo por ser consustancial a los tipos penales- debe ser entendida como sinónima del conjunto de intereses de cuya prestación se hace cargo el Estado ya sea directa o indirectamente (a través de actos de delegación), o sea, es toda aquella actividad material o jurídica imputable al Estado.

---

<sup>184</sup> Vid. BACIGALUPO ZAPATER, *Sobre la reforma de los delitos de funcionarios*, DJ nº. 37/40, 1983, p. 1099.

<sup>185</sup> Vid. MATELLANES RODRÍGUEZ, *ob. ult. cit.*, p. 227.

<sup>186</sup> Vid. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de DP PE*, 2ª. ed. 1991, p. 436.

<sup>187</sup> Vid. ORTS BERENGUER, *Delitos contra la Administración Pública (I). Prevaricación*, en DP PE, 2ª. ed., 2008, de Vives Antón, pp. 654 y 666.

<sup>188</sup> Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *ob. ult. cit.*, p. 376.

Por tanto, el “bien jurídico” aludido debe entenderse y justificarse en el interés público del pleno sometimiento de las resoluciones administrativas a la Ley y el Derecho vigente, debiéndose vincular igualmente con los principios de objetividad e imparcialidad a los que aluden los arts. 103 y 106 CE. En este sentido es clara la jurisprudencia a través de la STS de 5-4-2002 (EDJ 2002/6946) cuando dice: “El bien jurídico protegido en los delitos de prevaricación o cualquier otro relacionado con el ejercicio de la función pública, es el recto y normal funcionamiento de las Administraciones Públicas que constituye un presupuesto básico de una sociedad democrática. Existe un incuestionable interés general de todos los ciudadanos en que los órganos de la Administración del Estado en general y de las demás Administraciones Públicas en particular, respondan a criterios de legalidad y efectividad con lo que se refuerza el estado de derecho y la confianza de los ciudadanos en las personas que por representación o por cualquier otra causa ejerciten funciones de relevancia e interés general. Se trata de un interés difuso, que no puede ser encarnado por ninguna persona en particular ni siquiera por aquellas que están integradas también en el organismo o corporación en que se han desarrollado los hechos que presumiblemente pudieran tener el carácter de delictivos. Pertenece a la comunidad en general y por ello la única forma de personarse en unas actuaciones penales en concepto de parte es a través del ejercicio de la acción popular”<sup>189</sup>.

Cabe destacar que el funcionario público, como persona adscrita a la Administración pública<sup>190</sup> que desarrolla funciones públicas, debe aparecer no sólo como un servidor estatal, sino fundamentalmente como un “servidor social”<sup>191</sup>. En consecuencia, el fundamento de la incriminación de estos delitos funcionariales no debe radicar en el hecho formal de que el sujeto activo sea un funcionario público (como acontecía en el CPA de 1.973), sino en la atención a ciertos intereses de la colectividad que reclaman el ejercicio de la función pública adecuada y cuya actividad es imputable a la Administración<sup>192</sup>. Por este motivo incluso se puede llegar a afirmar

---

<sup>189</sup> En sentido similar, SSTS de 28-3-2006 (EDJ 2006/337351) y de 13-6-2003 (EDJ 2003/92840).

<sup>190</sup> Hay que advertir, como hace acertadamente TRAYTER JIMÉNEZ, en *Manual de Derecho Disciplinario de los Funcionarios*, 1992, p. 16, que la Administración Pública no se presenta *per se* como un bien protegible, sino que si merece atención para el Derecho penal no es desde y para ella, sino porque a través de ella se prestan unos servicios al conjunto de la ciudadanía, servicios que no serían prestados, o al menos no lo serían en la forma debida, si el servidor público actuara de acuerdo con algunas de las tipicidades fijadas.

<sup>191</sup> En efecto, etimológicamente la palabra “Administración” proviene del latín *ad* y *ministrare*, es decir, “para servir”.

<sup>192</sup> Vid. BUSTOS RAMÍREZ, *Manuel de DP PE*, 2ª. ed. 1991, p. 437, el cual manifiesta que “la Administración es de la gente. La tutela de la función pública aparece como un paso necesario y previo para la

que el titular del bien jurídico protegido no es el Estado, sino la sociedad en su conjunto<sup>193</sup>.

Ahora bien, el hecho de que se haya fijado como bien jurídico protegido en estos delitos la “función pública correctamente ejercida”, no quiere decir que no haya una infracción del deber (en sentido distinto a bien jurídico penalmente protegido). No cabe duda que cuando el funcionario público, como tal, comete un delito, sirviéndose de su carácter, es porque, indiscutiblemente, hay una violación de ese deber. En este sentido se puede decir que el funcionario público tiene un deber positivo de cuidado y fomento respecto de los bienes jurídicos que son de su competencia, un deber especial que nace de su cargo como servidor del Estado<sup>194</sup>.

Por último, y sin perjuicio de lo manifestado, hay que reseñar que la función pública, es decir, el correcto ejercicio de la actividad imputable al Estado, es un bien jurídico “de referencia” que luego queda concretado en cada caso por el interés particular que se esté satisfaciendo mediante el ejercicio de esa actividad estatal, que será el autentico motivo y fundamento del tipo en cuestión (en el caso que nos atañe y respecto a los arts. 320, 322 y 329 CP serán precisamente la ordenación del territorio, el patrimonio cultural y el ambiente). Es decir, la tutela de un adecuado desarrollo de la función pública aparece como el elemento marco de protección, en cuyo seno, a su vez, se aspira a dar cobijo a otros bienes jurídicos en los que confluyen también necesidades particulares de los ciudadanos. De ahí que la mayoría de este tipo de delitos sean pluriofensivos y que los delitos de funcionarios puros sean la excepción.

## **B. El uso y aprovechamiento racional del suelo como bien jurídico específicamente protegido en el art. 320 CP.**

Considero esencial empezar aclarando qué es lo que se pretende proteger exactamente en el Cap. I del Tit. XVI, lo cual nos permitirá poder analizar posteriormen-

---

resolución y control de los conflictos sociales pues a través del ejercicio de la misma se canalizan las vías procedimentales para que todos y cada uno de los miembros de la colectividad puedan resolver sus conflictos o efectivizar sus intereses.

<sup>193</sup> En este sentido, SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, cit., p. 265.

<sup>194</sup> Vid. SANCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES, *ob. ult. cit.*, p. 13.

te con mayor claridad y seguridad cada uno de los tipos penales que recoge el Código en ese Capítulo I.

Las diferentes posiciones doctrinales respecto a lo que debe englobar el bien jurídico protegido “ordenación del territorio”, a los efectos del citado art. 320 CP, puede estructurarse esencialmente en cinco tendencias:

1. Un sector doctrinal<sup>195</sup> entiende que el bien jurídico específico -y a su vez formal- del art. 320 CP estará representado por el cumplimiento de la normativa vigente relativa a la ordenación del territorio, legal o reglamentariamente establecida; es decir, el cumplimiento de la normativa urbanística vigente.

Esta posición debe rechazarse no sólo porque no parece lógico fijar como bien jurídico penalmente protegido uno de los propios elementos típicos del propio art. 320 CP, sino porque el concepto *legalidad urbanística* no permite dotar de un contenido de injusto, en sentido material, a las distintas modalidades típicas previstas en el Cap. I del Tit. XVI y aboca a una concepción excesivamente accesoria del Derecho penal en relación con el Derecho urbanístico, aparte de que en tal caso tampoco habría razones materiales que justificasen la intervención del Derecho penal en este ámbito. De la misma manera que en el delito ambiental no se tutela la normativa ambiental, sino el ambiente y los ecosistemas, ni en los delitos contra el patrimonio histórico se ampara la normativa al respecto, sino el valor intrínseco de los bienes que lo componen, en los “delitos urbanísticos” lo que se viene a tutelar es el valor material de la ordenación del territorio concepto éste que en ningún caso debe desvincularse del urbanismo<sup>196</sup>. Como afirma acertadamente POZUELO PÉREZ<sup>197</sup>, el cumplimiento de la normativa urbanístico-administrativa no puede tener en ningún caso la consideración de bien jurídico, ya que no se trata de que la intervención penal sea un correctivo de

---

<sup>195</sup> Esta primera posición vendría defendida, entre otros, por MUÑOZ CONDE, *DP PE*, 16ª. ed. 2007, p. 551; ROMÁN GARCÍA, *Delitos sobre la Ordenación del Territorio*, en *Derecho penal administrativo*, p. 33; DE VICENTE MARTÍNEZ, *La responsabilidad penal de la Administración urbanística: el párr. 2º. del art. 320 CP*, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, cit., p. 182; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos sobre la ordenación del territorio: la responsabilidad penal de la Administración urbanística*, AP 1997-1, p. 357; MARTÍNEZ ARRIETA, *Delito Urbanístico*, en *Empresa y delito en el NCP*. CDJ. nº. II. 1997, pág. 176; y VERCHER NOGUERA, *La Delincuencia urbanística*, cit., pp. 58 y 59.

<sup>196</sup> En efecto, no es posible separar los conceptos de urbanismo (referido a la *urbe*) y la ordenación del territorio (entendido como uso del suelo mediante la planificación).

<sup>197</sup> Vid. POZUELO PÉREZ, *Notas sobre la denominada expansión del Derecho penal: Un análisis al hilo de los delitos contra la ordenación del territorio*, en *RDyPP*, Año 2003.1, nº. 9, p. 27.

otras ramas del ordenamiento, ni, por tanto, que sea guardián de su cumplimiento.

2. Una segunda posición<sup>198</sup> considera que en los ilícitos urbanísticos se protege, en buena medida, el medio ambiente, caracterizándolo como el mantenimiento de las propiedades y valores de los recursos naturales (uno de los cuales es el suelo). En este sentido el bien jurídico protegido específico del delito del art. 320 CP se singularizaría por proteger el suelo como uno de los recursos naturales frente a las agresiones urbanísticas, y no por proteger un valor distinto del medio ambiente.

Esta postura también es criticable, desde mi punto de vista, dada la excesiva vinculación que se hace de la ordenación del territorio con respecto al medio ambiente. Si se tomase por buena esta tesis no se entendería el porqué los delitos del Cap. I del Tit. XVI no se insertaron dentro del Cap. III del mismo Título y legislador prefirió mantener su autonomía.

3. Otros autores<sup>199</sup> estiman que el bien jurídico penal *urbanismo* -como sector de la ordenación del territorio- equivale a calidad de vida en relación con el hábitat territorial.

Este criterio es tan ambiguo y extenso que también debe ser rechazado ya que los conceptos utilizados -“calidad de vida” y “hábitat”- valen para *todo*, incluido el ambiente, el patrimonio histórico, salud y otros muchos valores penalmente protegidos.

4. Para ACALE SÁNCHEZ<sup>200</sup> el bien jurídico protegido de la ordenación del territorio ha de ser identificado con la “promoción del contenido social del derecho de propiedad con el aprovechamiento por parte de la colectividad de las plusvalías generales: para que existan zonas verdes, viales, bienes de interés comunitario, es necesario que todos los propietarios participen en dicha labor, no ya cediendo su parte del Derecho de propiedad, sino no apropiándose de la parte social de su derecho que no le pertenece”.

---

<sup>198</sup> Esta postura está amparada, entre otros, por RODRÍGUEZ PUERTA/VILLACAMPA ESTIARTE, *La responsabilidad penal del funcionario público en materia urbanística*, en nuevo Derecho penal español, 2001, pp. 1741-1743; y SILVA SÁNCHEZ, *Introducción. Necesidad y legitimación de la intervención penal en la tutela de la ordenación del territorio*, en Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, 1998, cit., p. 19.

<sup>199</sup> Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, *Protección penal del urbanismo (pautas para criminalizar algunas conductas)*, RDUyMA, nº. 81, 1983, p. 31; y BLANCO LOZANO, *El Delito Urbanístico*, cit., p. 34.

<sup>200</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, *Delitos Urbanísticos*, cit., p. 207.

Es difícil admitir, según mi opinión, que el bien específico protegido en el art. 320 CP sea el “contenido social del derecho de propiedad sobre el suelo”, ya que en este tipo penal cabe la exigencia de responsabilidad criminal siempre que el informe o la licencia (favorables) del funcionario público implique la vulneración de la normativa urbanística, con independencia de que ésta carezca o no de contenido social o que su objeto no tenga nada que ver con la regulación de la propiedad. La citada autora parece identificar lo que debe ser el bien jurídico penalmente protegido, en un específico tipo penal, con la promoción del contenido del art. 33 de la CE relativo a la función social de la propiedad privada, cosas ambas que han de estar bien diferenciadas.

5. Por último, otro sector doctrinal<sup>201</sup> defiende que el bien jurídico y valor material de la ordenación del territorio que se protege en el art. 320 CP ha de ser el “uso y aprovechamiento racional y equilibrado del suelo de acuerdo con los intereses generales” de la ciudadanía. Esto se consigue a través de la planificación o planeamiento legalmente estipulado. Desde este punto de vista, y por ser el Derecho penal la última vía de actuación, *teóricamente* sólo las acciones que destruyesen, afectasen o pusiesen en riesgo claramente al medio espacial (suelo) en que se desarrolla la vida en comunidad, deberían ser penadas, lo que precisamente no siempre es lo que acontece en el Cap. I del Tit. XVI.

Considero esta última posición como la más aceptable y la que debe seguirse respecto al bien jurídico protegido de la ordenación del territorio y, por tanto, respecto al art. 320 CP, la que le otorga mayor contenido material autónomo y ofrece una adecuada y mayor relevancia a la función social del suelo. Precisamente lo esencial de esta definición es la *racionalidad* entendida a partir del conflicto previsible, entre el titular del suelo y el interés general, como fruto de un posible consenso entre intereses contrapuestos.

---

<sup>201</sup> Vid. GARCÍA PLANAS, *El Delito Urbanístico (Delitos relativos a la ordenación del territorio)* cit., p. 61; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios a los arts. 320, 322 y 329 CP*, en Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia, t. II, dir.: Cándido Conde Pumpido Ferreiro, p. 3196; y SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, cit., p. 276.

### C. La preservación de sus valores y la función social de bienes histórico-culturales españoles como bien específicamente protegido en el art. 322 CP.

El bien cultural o *histórico* fue definido por la *Comisión Franceschini*<sup>202</sup> como aquel bien que constituye “testimonio material de la civilización”. Son bienes, por tanto, a través de los cuales transita la cultura desde un espacio a otro. Sin embargo, no se debe confundir lo que son bienes culturales (que podrán ser públicos o privados<sup>203</sup>) con el bien jurídico penalmente protegido -de carácter independiente y autónomo-, en el cual siempre ha de prevalecer el interés colectivo y social sobre el individual. En este sentido, lo que debe conformar el bien jurídico-penal no son los bienes del patrimonio histórico (que son sólo el sustrato material sobre el que incide la conducta peligrosa para el bien jurídico), sino la *significación* que éstos guardan para la búsqueda y reconstrucción de nuestro pasado<sup>204</sup>.

El carácter del patrimonio cultural como bien jurídico social y universal hace que su protección penal no pueda depender de la que se dispensa a la realidad empírica en la que se asienta. Es decir, el bien histórico-cultural debe estar penalmente tutelado, sino por encima, sí al menos al margen de la protección dispensada al bien material, lo que se traduce en que la *voluntad de su titular inmediato* no pueda tener efectos relevantes en sede penal.<sup>205</sup>

Buena parte de la doctrina española ha definido o catalogado el bien jurídico protegido del “patrimonio histórico” de una forma un tanto amplia y como conjunto de lo que es el Patrimonio, aspecto éste bastante alejado del contenido real de los delitos de los arts. 321 y 322 del CP. Así BARRERO RODRÍGUEZ<sup>206</sup> lo ha definido

---

<sup>202</sup> Ésta fue creada en Italia en 1964 para determinar las exigencias necesarias de tutela de los bienes de interés histórico, arqueológico, artístico y del paisaje, efectuándose una serie de propuestas en su “*Relazione della Commissione d’indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico*”. Cit. por ARIAS EIBE, *El Patrimonio Cultural. La nueva protección en los arts. 321 a 324 CP de 1995*, p. 36.

<sup>203</sup> Como indica GONZÁLEZ RUS, en *Presupuestos constitucionales de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico*, cit., p. 289, con la protección del patrimonio cultural lo que se pretende es proteger un interés general y no individual. El fundamento de la tutela penal no se halla en el deseo de establecer una sobreprotección del propietario, sino en el compromiso de posibilitar y permitir el acceso y la participación cultural de los ciudadanos. Se trata de un bien jurídico cuya titularidad corresponde a la sociedad en su conjunto, y no a los propietarios de los bienes culturales.

<sup>204</sup> En este sentido, PEÑA CABRERA, *NCP comentado y leyes complementarias*, 1992, p. 251.

<sup>205</sup> SALINERO ALONSO, *La Protección del Patrimonio Histórico en el CP de 1995*, cit., p. 182.

<sup>206</sup> Vid. BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, 1990, p. 153.

como el “conjunto de bienes”, cuyo rasgo común lo constituye ser portadores de unos valores intrínsecos los cuales determinarán un especial régimen jurídico, con el fin de garantizar su conservación y disfrute por la colectividad, con independencia de la titularidad concreta y el valor económico que recaiga sobre el bien en cuestión.

Según MILANS DEL BOSCH<sup>207</sup> en los delitos sobre el patrimonio histórico el bien jurídico es el valor *cultural* objetivo que engloba los objetos materiales del patrimonio. La acción delictiva ha de recaer sobre un sustrato físico o material -portador del bien cultural-, lo cual obliga a excluir de los tipos penales los daños que se produzcan a determinadas “manifestaciones inmateriales” del patrimonio “histórico”, como lo son “los conocimientos y actividades que son o han sido expresión relevante de la cultura tradicional del pueblo español en sus aspectos sociales y espirituales” que configura el patrimonio etnográfico. Por su parte, CARMONA SALGADO<sup>208</sup> establece que el bien jurídico protegido no es de carácter individual, ya que la función social inherente al patrimonio histórico determina la naturaleza colectiva de su titularidad, tratándose de un bien difuso que afecta al conjunto de la ciudadanía en cuanto se centra en el mantenimiento de la herencia cultural de cada pueblo.

Sin embargo, como puede advertirse tanto en el tipo básico (art. 321 CP) como en el tipo funcional específico (322 CP), lo que es, en sí mismo, el conjunto de inmuebles del patrimonio histórico español ha quedado extremadamente restringido en el Cap. II del Tit. XVI del CP, limitándose pura y simplemente a los *edificios* de carácter cultural (singular).

En mi opinión, y siguiendo a GUIASOLA LERMA<sup>209</sup>, podría considerarse, que la tutela jurídico-penal específica del art. 322 CP, y por tanto el bien jurídico protegido, será “no sólo la pretensión de asegurar la necesaria preservación de los valores culturales de los propios bienes (limitados a tan sólo los *edificios* protegidos culturalmente), sino también la función que desempeñan éstos, como instrumentos de acceso por parte de todos los ciudadanos a su propia cultura”.

---

<sup>207</sup> Vid. MILANS DEL BOSCH, *Delitos sobre el patrimonio histórico*., en Derecho penal administrativo, p. 168.

<sup>208</sup> Vid. CARMONA SALGADO, *Comentarios a los delitos sobre el patrimonio histórico*, en DP español PE, dir. Cobo del Rosal, 2ª. ed. 2005, pp. 683-684.

<sup>209</sup> Vid. GUIASOLA LERMA, *Delitos contra el Patrimonio Cultural. Arts. 321-324 CP*, cit., p. 409.



#### D. El ambiente natural como realidad física y el mantenimiento del equilibrio ecológico como bien jurídico a protegerse específicamente en el art. 329 CP.

Dotar de contenido material al bien jurídico definido en el Cap. III (del Tit. XVI Libro II) plantea problemas en cuanto que el vigente CP no parece guiarse por la concepción moderadamente antropológica, que parece recoger el art. 45 de la CE.

Partiendo de esta idea, son dos las corrientes principales que se puede destacar dentro de la doctrina penal española respecto al bien jurídico “medio ambiental”<sup>210</sup>:

---

<sup>210</sup> Podría indicarse asimismo una tercera corriente, muy minoritaria, propuesta por SOTO NAVARRO, en *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, cit., pp. 269-274, la cual desde una perspectiva funcionalista, afirma que “el mantenimiento del equilibrio o estabilidad del ecosistema” como bien jurídico protegido del medio ambiente es una noción tan genérica como puede serlo “el correcto funcionamiento del sistema social”, no siendo, por tanto, totalmente operativa tal concepción, siendo necesario delimitarlo aún más en base a las exigencias de eficacia y certeza que debe regir la incriminación penal.

La citada autora apuesta por delimitar los subsistemas que conforman el ecosistema, de modo que en torno a cada uno de ellos se construya un bien jurídico autónomo y puedan tipificarse conductas que entrañen cierto grado de lesividad. Es decir, plasma la idea de “diferentes bienes jurídicos ecológicos protegidos” estructurando las conductas punibles en base a la afectación de cada elemento ambiental, distinguiendo así tipos penales para la tutela del agua, aire, suelo, flora y fauna (éste es el sistema seguido en los §§ 324 y s.s. StGB, que es contrario a la forma de tipificación del vigente Código penal español, salvo en los delitos contra la flora y la fauna del Cap. IV del Tit. XVI Libro II CP)

La concreción normativa de los bienes jurídicos a proteger en este ámbito ambiental sólo puede alcanzarse mediante la identificación de su valor funcional, que radica en las **funciones ecológicas** asignadas por el sistema social a cada **recurso natural** (por ejemplo, en los tipos penales sobre protección del agua, el bien jurídico sería las funciones ecológicas del agua para el ser humano y para el ambiente). La comprensión del ambiente natural como fuente de recursos comporta que la relación entre el ser humano y dicho ambiente se establezca, ante todo, en términos de aprovechamiento social de los recursos naturales, esto es, desde una perspectiva sociológica y no exclusivamente científico-natural. En esta tarea de delimitación cobra un importante significado la regulación jurídica extrapenal, cuyo cometido básico es la gestión y control del aprovechamiento racional de los recursos naturales. Así por ejemplo, en materia de contaminación, el Derecho administrativo utiliza los llamados límites de tolerabilidad que fijan los niveles máximos permitidos de presencia de elementos contaminantes en cada elemento (agua, atmósfera-aire, suelo); sin embargo, la determinación de esos niveles de inmisión no se realiza en abstracto para cada medio, sino a partir de los diversos *usos* del mismo previamente fijados. Por tanto, el elemento clave en la concreción de los bienes jurídicos protegidos en materia ambiental es el uso o usos ecológicos a que se destine cada recurso natural.

La lesión del bien jurídico estribará en la perturbación de la función ecológica del recurso natural concreto, de modo que éste no pueda ya destinarse al uso pretendido (Esta lesión es además susceptible de comprobación empírica, siendo un indicio significativo, aunque no determinante, la violación de los límites de tolerabilidad. A ello habrán de sumarse informes técnicos y científicos que evalúen en el caso concreto el impacto ambiental de la conducta incriminada).

Al respecto considero que este posicionamiento tendría difícil anclaje en nuestro ordenamiento teniendo en cuenta que el Código penal no tipifica los delitos ecológicos según la afección, por separado, de cada elemento ambiental (agua, aire, suelo).

1. El bien jurídico protegido del medio ambiente bajo una conceptualización “antropocéntrica moderada”. Esta tesis, aunque viene a reconocer la existencia de bienes jurídicos colectivos, mantiene que la tutela penal del medio ambiente sólo será procedente y legítima en cuanto el ataque a los mismos conlleve una afectación de los bienes jurídicos individuales. Es decir, admite la tutela penal ambiental frente a las agresiones sobre los objetos de las bases naturales de la vida humana (aire, agua, suelo) siempre y cuando los ataques impliquen un atentado mediato o indirecto a la vida o a la salud del ser humano. Por tanto, el bien colectivo medio ambiente está en relación de dependencia respecto a bienes individuales como la vida o la salud. Si esta exigencia no concurre, los ataques contra bienes ecológicos sin afectación mediata de bienes individuales, deberán considerarse como meros ilícitos administrativos<sup>211</sup>.

Esta posición es la mantenida, entre otros autores dentro de nuestra doctrina, por SILVA SÁNCHEZ<sup>212</sup> quien entiende que el mínimo necesario para la intervención del Derecho penal será que la puesta en peligro grave del medio ambiente se conecte con la existencia de una peligrosidad de la conducta para la vida o la salud de las personas. Esta exigencia no implica requerir la nota de gravedad ni que deba constatarse positivamente la peligrosidad de la conducta respecto de los bienes individuales (vida y salud), aunque sí bloqueará la tipicidad cuando se descarte la posibilidad de que en la conducta pueda existir peligro para las condiciones de la vida de las personas presentes, rechazándose igualmente la tipicidad en los supuestos en que la afectación al ambiente repercutiese exclusivamente sobre las condiciones de vida de las futuras generaciones.

Asimismo, ALCÁCER GUIRAO<sup>213</sup> viene a sostener que el bien jurídico medio ambiente (con sus entidades flora, fauna, agua, aire, gea etc.) es un bien jurídico autónomo digno de protección, pero que la *ratio* última de su merecimiento de protección radica en la integridad de los seres humanos (presentes y no de futuras generaciones). Contempla el bien jurídico supraindividual como el medio

---

<sup>211</sup> Vid. JORGE BARREIRO, *El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995*, cit., p. 42.

<sup>212</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, *¿Protección Penal del medio ambiente? Texto y contexto del art. 325 CP*, LL, año 1997, t. 3, p. 1.716.

<sup>213</sup> Vid. ALCÁCER GUIRAO, *La protección del futuro y los daños cumulativos*. RECPC 04-08, año 2002. Web: <http://criminnet.ugr.es/recpc>, pp. 4 y 5.

donde o a través del cual la afección potencial (de la vida o la salud de las personas) se produce.

Esta posición parecía mantener también RODRÍGUEZ RAMOS<sup>214</sup> una vez que se introdujo el art. 347 bis CPA, cuando catalogaba el bien jurídico del medio ambiente por su carácter complejo y sintético, al tener necesariamente que ver con la vida humana, con la salud, con la belleza natural, con la economía de los recursos naturales etc. Medio ambiente como bien jurídico sería, para este autor, la síntesis de otros bienes jurídicos tradicionales que a un nivel más alto de abstracción, se concretan en una conjunción que significa al mismo tiempo presupuesto de la vida, vida y calidad de vida.

Desde luego no parece que esta tesis antropocéntrica pueda ser admisible en nuestro sistema punitivo, especialmente, porque el art. 325 CP incluye como elemento típico necesario e inexcusable el que la conducta pudiera perjudicar gravemente al *equilibrio de los sistemas naturales*. Es decir, aparte de que predetermina el bien jurídico como bien autónomo a protegerse, configura el ambiente de forma ecocéntrica y no antropocéntrica. La referencia a la salud de las personas en este delito supone simplemente un subtipo básico agravatorio de la pena sin dependencia alguna al bien ambiental como ecosistema.

2. El bien jurídico protegido del medio ambiente bajo una conceptualización “ecocéntrica moderada”. Esta tesis mantiene que ha de reconocerse a los bienes ecológicos como auténticos bienes jurídicos autónomos, cuya protección penal directa no estará condicionada a la posible afectación de bienes como la vida o la salud. Al mismo tiempo al estar ante un bien jurídico colectivo como es el ambiente, éste pertenece *a todos* pudiendo ser disfrutado por todos y cada uno de los individuos sin exclusión alguna. Es precisamente en la posición de este disfrute por parte de “todos” donde radica el interés individual legítimo y en donde un bien colectivo, como el ambiental, redundaría en beneficio de los intereses de las personas y de la comunidad, sin que ello quiera decir que dichos bienes supraindivi-

---

<sup>214</sup> Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, *Alternativas de la protección penal del Medio Ambiente*, CPC nº. 19, p. 149.

duales sean meros derivados de bienes jurídicos personales o individuales, ni que queden reducidos a éstos<sup>215</sup>.

En esta posición cabe citar a JORGE BARREIRO<sup>216</sup>, al afirmar que es la tesis más adecuada a las exigencias de la política criminal moderna y la que se ajusta mejor al tipo básico ambiental del art. 325 CP, por el que se viene a amparar como bien jurídico-penal “el equilibrio de los sistemas naturales”.

Por su parte, BACIGALUPO ZAPATER<sup>217</sup> ha apostado por una tesis quizás más puramente ecocéntrica al entender que el medio ambiente supone “el mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua y las condiciones ambientales de desarrollo de las especies de flora y fauna, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales”.

Dentro de la misma línea, para TERRADILLOS BASOCO<sup>218</sup> el medio ambiente, como bien jurídico, se define mediante la nota de equilibrio del conjunto de los recursos naturales, constituyendo éstos su referente material.

Igualmente MATELLANES RODRÍGUEZ<sup>219</sup> considera que el medio ambiente como bien jurídico ha de entenderse como el conjunto equilibrado de recursos naturales, interrelacionados entre sí formando los ecosistemas, sobre los que se precisa una actuación efectiva a fin de que todo el sistema natural en su conjunto se conserve y evolucione en ese equilibrio y, así, pueda lograrse una calidad de vida y un desarrollo de la persona adecuado. Por tanto, su esencia viene constituida por la idea de “sistema natural equilibrado”.

Personalmente considero que la posición más ajustada es la ecocéntrica en tanto en cuanto -como afirma SOTO NAVARRO<sup>220</sup>- el ambiente natural (o medio ambiente) es una realidad autónoma en su génesis, de la que depende no ya el funcionamiento del sistema social, sino su propia existencia, por cuanto contiene las bases naturales de la vida sobre el planeta. Desde luego la trascendencia del mismo ha hecho que

---

<sup>215</sup> Vid. JORGE BARREIRO, *ob. ult. cit.*, p. 44.

<sup>216</sup> Vid. JORGE BARREIRO, *ob. ult. cit.*, p. 45.

<sup>217</sup> Vid. BACIGALUPO ZAPATER, *La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente*. EPC, t. V, año 1980-81, p. 223

<sup>218</sup> Vid. TERRADILLOS BASOCO, *Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente*, cit., p. 42.

<sup>219</sup> Vid. MATELLANES RODRÍGUEZ, *Medio Ambiente y Funcionarios Públicos (Análisis del tipo objetivo del art. 329 CP)*, cit., pp. 109 y 118.

<sup>220</sup> SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, cit., p. 269.

nuestro sistema penal (a través del art. 325 CP) le de entidad suficiente para catalogarlo como bien jurídico propio y protegible. Por ello habrá de entenderse que el bien jurídico específico que subyace en el art. 329 CP (al igual que en el resto de los delitos del Cap. III del Tit. XVI Libro II CP) ha de ser la realidad física que componen los recursos naturales como son el agua, la atmósfera, el suelo etc. y las propiedades intrínsecas de ellos, así como la interrelación de los subsistemas subsistentes entre ellos (ecosistema<sup>221</sup>) a los efectos de su permanente mantenimiento, que es la posición que se mantendrá en el presente trabajo. El problema que surge en esta cuestión -como se comprobará en la tercera parte de esta tesis- es la enorme distancia existente entre algunas conductas típicas del art. 329 CP y la afectación (mediante la puesta en peligro) del citado bien jurídico específico “medio ambiente” en la forma en que ha de entenderse.

---

<sup>221</sup> Como indica SOTO NAVARRO, *ob. ult. cit.*, p. 270, el carácter sistémico del medio ambiente (ecosistema) no admite dudas en cuanto conjunto organizado de elementos abióticos o mediales (aire, agua, suelo) y bióticos (flora y fauna), interrelacionados y en un equilibrio dinámico, de modo que cualquier afección a un subsistema repercute en los demás (co-dependencia funcional), disponiendo de mecanismos para compensar, dentro de ciertos límites, las perturbaciones externas.









### **TERCERA PARTE**

#### **LOS TIPOS PENALES RELATIVOS A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL TITULO XVI DEL LIBRO II DEL CÓDIGO PENAL.**



## Consideraciones Previas

Una vez analizadas las bases sobre las que se sustentan este tipo de responsabilidades penales funcionariales, así como los bienes jurídicos penalmente protegidos en ellos, es imprescindible entrar en el examen exhaustivo de los mismos.

Hasta ahora la doctrina española -y no con mucha insistencia- ha venido analizando los citados tipos de manera separada e individualizada. Sin embargo, lo que se pretende aquí es proceder a un estudio conjunto y comparativo de estos tres delitos introducidos novedosamente en CP de 1.995, dentro de los primeros tres Capítulos<sup>222</sup> del Título XVI del Libro II.

Algún sector doctrinal ha sostenido la inconveniencia de acometer el análisis conjunto de estos tres tipos específicos<sup>223</sup>, sustentándolo en cuatro motivos:

1. Porque los sectores de actividad de cada uno de ellos -ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente- plantean peculiaridades y problemáticas diversas.
2. Porque los elementos integrantes de los delitos relacionados con esos tres ámbitos presentan una estructura y elementos diversos. Así, por ejemplo, el art. 319 CP es un delito especial propio frente a los delitos comunes de los arts. 321 y 325 CP
3. Porque su diversidad estructural incide decisivamente en la interpretación y alcance de cada una de las “formas de *prevaricación*”, puesto que éstas dependen en gran medida de la concreta formula empleada en cada uno de los delitos comunes de referencia (arts. 319, 321, 325 y 328 CP).
4. Asimismo entre los mismos delitos específicos (arts. 320, 322 y 329 CP) median diferencias esenciales omisivas, tales como que en el 329 CP se tipifica el “silenciamiento” mientras que en los otros dos no se hace.

Considero que con esta postura no se puede estar de acuerdo. Precisamente por las diferencias que ha introducido el legislador penal respecto a cada uno de estos

---

<sup>222</sup> Como bien se sabe, en el Cap. IV del Tít XVI Libro II del CP “De los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos” no se introdujo ningún tipo penal específico referido a la responsabilidad de las autoridades y funcionarios públicos en este ámbito.

<sup>223</sup> Por todos, RODRÍGUEZ PUERTA/VILLACAMPA ESTIARTE, *La responsabilidad penal del funcionario público en materia urbanística*. En Nuevo DP español, 2001, cit., pp. 1738-1739.

tipos penales específicos, es por lo que procede el estudio que proponemos. En efecto, es preciso observar comparativamente, entre otras cosas, si hay o no ausencia de lesividad en estas nuevas conductas típicas, y por ende, reflexionar acerca de la configuración técnica y material utilizada en los arts. 320, 322 y 329 CP; es necesario delimitar el alcance de los tipos objeto de estudio mediante la interpretación restrictiva -y no extensiva- que exige el Derecho penal; hay que señalar claramente la exigencia de un umbral mínimo de gravedad para la comisión de dichos delitos; es conveniente analizar este tipo de responsabilidades funcionariales desde la *uniformidad sistemática* de cada uno de los tres Capítulos en que se engloban, así como la conexión existente entre los idénticos apartados segundo de los artículos 320, 322 y 329 CP con los apartados primero de los citados delitos; hay que estudiar las formulas en exceso vagas o valorativas de difícil definición, que no siempre son de recibo por afectar al principio de legalidad<sup>224</sup>. Igualmente partiendo de los enormes problemas que plantea, es necesario analizar la aplicabilidad de estos tipos en el sentido de que no puedan suponer un beneficio o ventaja penológica de la autoridad o funcionario respecto al particular, lo que conllevará ineludiblemente al problema concursal; es más, hay que adelantar que la responsabilidad funcional en los campos de la ordenación del territorio, del patrimonio histórico y ambiental va, ciertamente, más allá de lo dispuesto en los arts. 320, 322 y 329 CP.

Tampoco se puede obviar lo afirmado por OCTAVIO DE TOLEDO en el sentido de que los problemas y dificultades interpretativos de los arts. 320, 322 y 329 CP provienen de la deficiente coordinación entre la parte general y la parte especial, así como de la falta de armonía de los contenidos de la propia Parte Especial del texto punitivo<sup>225</sup>.

Más radical es el posicionamiento de algún otro sector doctrinal<sup>226</sup> que ha venido manteniendo que estos tipos específicos del CP 1.995 han sido un mero símbolo de utilidad prácticamente nula.

---

<sup>224</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente*, DJ nº. 37/40, vol. II, 1983, p. 188.

<sup>225</sup> OCTAVIO DE TOLEDO, *Un ejemplo de norma jeroglífica*, cit., RP Aranzadi. 2000, nº. 3, pp. 14-16. En este sentido es posible que tenga razón este autor cuando afirma que tanto la emisión de los informes, como la concesión de licencias o la participación en votaciones tendentes a su concesión, pueden verse como actos preparatorios o de emprendimiento o incluso como tentativas.

<sup>226</sup> Por todos, CARMONA SALGADO, *DP español PE*, Coord. Cobo del Rosal, 2ª. ed., 2005, p. 682.

Considero que es cierto que los arts. 320, 322 y 329 CP adolecen de muy graves defectos técnico-jurídicos, sin embargo, no se debe dejar como única impresión el hecho de que sirvan exclusivamente para un cúmulo de críticas. Una vez que se delimiten los ámbitos típicos de estos delitos, hay que reconocer que la sola presencia de estas cláusulas específicas de responsabilidad penal es ya digna de elogio en cuanto expresión de la preocupación por asegurar y agravar la responsabilidad de las autoridades y funcionarios en unos campos de importancia tan creciente como el urbanístico-territorial, el patrimonio histórico-cultural y el ambiental<sup>227</sup>.

Hay que reconocer que este análisis comparativo ha planteado gran cantidad de problemas, máxime cuando se ha podido ir comprobando las enormes dificultades - algunas irresolubles- que dichos tipos penales acarrearán. Por eso, como corresponde a toda actividad dogmática referida al Derecho positivo, ha habido que acotar este trabajo y limitarlo esencialmente tanto a los aspectos objetivos y subjetivos típicos de los arts. 320, 322 y 329 CP como a sus consecuencias jurídicas y al problema concursal existente en ellos.

## **§. 5 Elaboración y concreción de los arts. 320, 322 y 329 del CP.**

### **I. Criterios Políticos-criminales para la tipificación de las conductas objeto de estudio.**

Como bien se sabe la Política criminal se ocupa de cómo debe conformarse el Derecho penal para cumplir mejor su misión de proteger a la sociedad, conectando con las causas del delito y ocupándose de cómo hayan de recogerse correctamente los elementos de los tipos penales para responder a la realidad de aquél<sup>228</sup>.

---

<sup>227</sup> SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Delitos sobre la ordenación del territorio: el delito urbanístico en el NCP*, CPC nº. 63. 1997, p. 688.

<sup>228</sup> JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de DP PG*, 5ª. ed., p. 24.

Los criterios de Política criminal que el legislador penal ha de considerar -entre otros aspectos<sup>229</sup>- para la tipificación de las conductas negativas más graves para la sociedad (principio de fragmentariedad) deben partir del breve catálogo de valores esenciales que quedan plasmados en la CE, y que, con un criterio democrático, vienen a dar legitimidad al Derecho y, por tanto, al sistema penal<sup>230</sup>. Dichos valores ya quedaron analizados suficientemente en la primera parte de este trabajo.

Tampoco se puede olvidar que en la protección y restauración del *ambiente* -en el sentido amplio en el que se englobe tanto la ordenación del territorio como el patrimonio cultural- las medidas directamente preventivas son esenciales<sup>231</sup>, no ya por la materia *per se* que tratan, sino también por hallarnos dentro del marco jurídico-penal. Así pues, la política criminal que se adopte al respecto habrá de ir dirigida a evitar el atentado contra la ordenación del territorio, el patrimonio histórico o los recursos naturales con el oportuno adelantamiento de las barreras de protección y haciendo hincapié en la actividad de policía administrativa (controles previos, licencias, catalogaciones etc.)<sup>232</sup>. Asimismo, incidiendo en las posiciones acertadas de RODRÍGUEZ MOURULLO<sup>233</sup>, a la hora de tipificar estos delitos debería haberse tenido en cuenta que la misión del Derecho penal ambiental ha de regirse esencialmente por dos coordenadas, siendo en función de ellas por la que ha de medirse su eficacia: en primer lugar ha de proteger el medio ambiente (en sentido amplio) entendido como una determinada composición de intereses sociales (por tanto ha de ser accesorio); y en segundo lugar ha de hacerlo sólo frente a los ataques más intolerables (en este sentido habrá de ser subsidiario).

Hay que considerar que cuando el legislador penal toma la decisión político-criminal de tipificar específicamente ciertas conductas funcionariales referentes a ámbitos como la ordenación del territorio, patrimonio histórico y ambiente (siguien-

---

<sup>229</sup> No puede olvidarse que son principios de política criminal, y, por tanto, de la ciencia jurídico-penal, irrenunciables, el de la estricta necesidad de las sanciones penales, el de legalidad de los delitos y penas, el de protección de bienes esenciales, los de subsidiariedad y *última ratio*, el de eficacia e idoneidad, los de proporcionalidad, responsabilidad subjetiva o los de humanidad. Vid. LUZÓN PEÑA, *Curso de DP PG*, 1996, p. 99.

<sup>230</sup> LASCURAIN SÁNCHEZ, *¿Que les corten la cabeza?* Claves de la Razón Práctica, nº. 145, Septiembre 2004, p. 36.

<sup>231</sup> Como ha dejado constatado RODRÍGUEZ MOURULLO, en *DP PG*, 1ª. ed., 1977, p. 21, el Estado no puede limitarse a castigar el delito concebido como ente jurídico, cuyo presupuesto es un hecho, sino que debe prevenirlo, en nombre de una exigencia de defensa social, de suerte que la colectividad quede protegida contra los posibles ataques que comprometan su existencia y progreso.

<sup>232</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, *Alternativas de la protección penal del Medio Ambiente*. CPC, nº. 19, p. 142.

<sup>233</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, *Limitaciones del Derecho penal del medio ambiente: alternativas politico-criminales*, en *A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro*, Coimbra 2005, cit., p. 163.

do las pautas de los arts. 9-2 y 45-2 CE), parece obedecer a la particular posición de garante que en nuestro sistema penal ocupan determinados funcionarios públicos en el ejercicio de su obligación de velar por la adecuada tutela de intereses jurídicos (urbanismo, patrimonio histórico, ambiente)<sup>234</sup>; es decir, debe haber una posición de garantía específica (*ambiental*) en la autoridad o funcionario para que concurra su responsabilidad, y ello tanto en sus conductas activas como pasivas<sup>235</sup>.

Por ello, se ha pretendido corregir con rigurosidad toda clase de desviaciones e irregularidades en la actuación de los órganos de la Administración que tienen competencias de supervisión y control en las materias que nos incumben<sup>236</sup>. En efecto, es frecuente que en la práctica se otorguen licencias ilícitas, pues ahora la Administración no es un simple gendarme sino que es un actor social, con sus propios intereses, pretensiones y proyectos, de ahí que sus normas o actos no siempre se ajustan a la protección del *ambiente* en un sentido amplio.

Tampoco puede olvidarse que solo habrá una protección eficaz del medio ambiente, la ordenación territorial o el patrimonio histórico cuando se fije la atención sobre aquellos sujetos que, desde posiciones privilegiadas, tienen capacidad para evitar o producir destrozos *ambientales* graves: es decir, las autoridades y los funcionarios públicos que controlan la actividad industrial o urbanística como encargados de autorizar su funcionamiento y vigilar que su desarrollo se efectúe conforme a la legalidad vigente<sup>237</sup>.

Así pues la tipificación de estos delitos obedece a una necesidad de política criminal<sup>238</sup> ya que desde hace tiempo era necesario intentar acabar con los innumerables abusos a que ha conducido una inadmisibles especulación del suelo o una irra-

---

<sup>234</sup> Sin embargo, en este sentido llama la atención, siendo muy extraño, que el legislador no haya plasmado tipos delictivos específicos similares a los aquí analizados, en materias como la fauna, el alimenticio, el sanitario etc. Vid. CARMONA SALGADO, *DP PE*, Dir. Cobo del Rosal, 2ª. ed., 2005, pp. 717 y ss.

<sup>235</sup> CANCIO MELIÁ, *La responsabilidad del funcionario por delitos contra el Medio ambiente en el CP español*, ADPCP, t. LII, pp. 140-141.

<sup>236</sup> NARVÁEZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal de la Administración urbanística: el art. 320 CP*, AJ Aranzadi, nº. 270, 21-11-1996, p. 1.

<sup>237</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, *Medio Ambiente y Funcionarios Públicos*, cit. p. 167.

<sup>238</sup> Reacuérdesse la conocida STS de 30-11-1990 (EDJ 1990/10924), sobre la Central Térmica Cers, en la que se afirmaba: “constituye un dato que podría llevar a exigir responsabilidades a la Administración por dejación de sus compromisos y obligaciones fiscalizadoras. Aún en el caso de que la Administración decidiese tramitar normas con rango de ley o adoptar disposiciones de carácter reglamentario en las que se autorizasen inmisiones o vertidos en límites peligrosos e inadmisibles con arreglo a normas internacionalmente admitidas y de incuestionable rigor científico, estaría vulnerando el mandato del art. 45 de la CE por lo que la norma devendría inconstitucional”.

cional actividad industrial contaminadora<sup>239</sup>, así como poner fin a la desidia y complicidad manifestada por unas Administraciones públicas (estatal, autonómica o municipal) dotadas de importantes competencias urbanísticas, relativas al patrimonio histórico o ambientales a la hora de denunciar y sancionar las agresiones llevadas a cabo en nuestro entorno. Ante ello, desde luego, el Derecho penal no podía permanecer impasible<sup>240</sup>.

#### **A. La polémica sobre la tipificación específica de la responsabilidad penal de las Autoridades y Funcionarios públicos en las materias objeto de estudio.**

Como hemos visto, la sanción penal de estas conductas funcionariales está plenamente justificada pues lo que se pretende es mejorar la protección *ambiental* (en sentido amplio) en todas sus dimensiones, en tanto que una conducta típicamente antijurídica de cualquier funcionario público o autoridad genera o puede generar un riesgo grave para la ordenación del territorio, el patrimonio histórico o los recursos naturales.

Sin embargo, la forma de fijar la responsabilidad de las autoridades y funcionarios públicos en los campos referidos en el Tit. XVI del Libro II del CP ha llevado

---

<sup>239</sup> En mi opinión acierta VERCHER NOGUERA cuando, en *La Delincuencia Urbanística*, cit., p. 45, afirma “los sectores económico y socialmente poderosos poseen una gran capacidad de control social e ingentes medios a su disposición para ocultar en lo posible las anormalidades urbanísticas que se producen, lo cual les sitúa en una situación de franca ventaja en su búsqueda de impunidad frente a la delincuencia ordinaria. Esto también explica que con frecuencia se produzcan reacciones del más diverso tipo con las que se intenta legitimar lo actuado. Estas actuaciones delictivas en las que se ven involucrados tales sectores van avaladas con mucha frecuencia por la propia Administración.

<sup>240</sup> Recordemos en este sentido la Memoria de la FGE de 1997, vid. p. 451 de la misma, que, al poco tiempo de entrar en vigor el NCP, reconocía expresamente la escasa o nula voluntad de cooperación de la Administración pública con la Justicia dado que existen numerosas actividades delictivas relativas a la contaminación, singularmente industrial, de las que la Administración tiene conocimiento perfecto, con motivo de sus funciones de inspección y control, y que, sin embargo, ni se denuncian ni se comunican; evidentemente si la colaboración con la Justicia es escasa -como atestigua la Memoria- resulta obvio reconocer que un talante ocultista similar o seguramente mayor se manifestará en el ámbito de la capacidad sancionadora interna de la propia Administración: la utilización de la vía penal para depurar responsabilidades funcionariales aparece como la única solución.



consigo una enorme polémica doctrinal, incluso antes de la aprobación definitiva del vigente CP de 1.995<sup>241</sup>.

Tres han sido las posturas de tipificación que se han propuesto respecto a cómo se tenía que abordar esta cuestión<sup>242</sup>:

1. A través de tipos generales sobre funcionarios, concretamente vía art. 404 del CP.
2. A través de la normas genéricas de autoría y participación aplicadas a los arts. 319, 321, 325 y 328 del CP.
3. Mediante un tipo específico y particular.

RODRÍGUEZ RAMOS<sup>243</sup> se ha mostrado muy crítico con las tipificaciones específicas al estilo de los vigentes arts. 320, 322 y 329 CP afirmando que este tipo de responsabilidades funcionariales no es exclusivo de los delitos *ambientales* de los tres primeros capítulos del Tit. XVI, sino que afecta a otros campos como el alimenticio, transportes o la flora y fauna. En definitiva, se trataría -según el citado autor- de castigar al funcionario público como partícipe, siendo la mejor solución establecer un precepto (en el Título de los Delitos contra la Administración pública o en la parte general, junto al que defina el concepto de funcionario público o los que regulan la participación criminal) que hiciera referencia a los supuestos de participación del funcionario en el ejercicio de sus funciones, en delitos no especiales para los funcionarios, previendo tanto la agravación del prevalimiento del carácter público como la pena específica de inhabilitación.

Creo que este posicionamiento de RODRÍGUEZ RAMOS es desacertado ya que parte de un punto de vista que no podemos compartir al creer que la conducta funcional en estas materias ha de ser siempre de participación, y, por tanto, vinculada a *otro* (el autor *particular*), cuando ciertamente no tiene porque ser así: cabe perfectamente una conducta autónoma e independiente penalmente antijurídica del funcionario *ambiental* que -*per se*- genere un riesgo para la ordenación del territorio, el patrimonio histórico o el ambiente sin vincularse a particular alguno.

---

<sup>241</sup> Así se podrá comprobar cuando se haga referencia a los textos prelegislativos PLOCP '80, PANCP '83, ALOCP '92 y PLOCP '92.

<sup>242</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, *Medio Ambiente y Funcionarios Públicos*, cit., p. 168.

<sup>243</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, *Protección penal del ambiente*, en Comentarios a la Legislación penal, dir. Cobo del Rosal, coord.: Bajo Fernández, t. I. 1982, pp. 276-277.

Igualmente RODRÍGUEZ RAMOS<sup>244</sup> critica estas agravaciones específicas al considerar que resulta innecesario que un funcionario público (o autoridad), que trabaje en los tres ámbitos “ambientales”, tenga que sufrir una amenaza penal superior a los funcionarios de otros sectores administrativos incluso tan importantes como los mencionados. Si sus conductas -afirma- son penalmente reprochables como constitutivas de los delitos comunes relativos a los funcionarios, no es preciso inventar otras figuras que además generarían agravios comparativos. Sin embargo, creo que también hay que puntualizar la afirmación de este autor en el sentido de insistir que lo pretendido por el legislador con estas tipificaciones (arts. 320, 322 y 329 CP) es sancionar al funcionario o autoridad que, por su conducta, pone o puede poner en riesgo un doble interés (la función pública en sí misma y el *ambiente* en sus tres variantes), lo cual no acontece en los Delitos contra la Administración pública en donde lo que se trata esencialmente es preservar del correcto desarrollo de la función pública por parte del funcionariado.

Por su parte, OCTAVIO DE TOLEDO<sup>245</sup> es igualmente crítico tanto con la ubicación como con el contenido de los preceptos penales objeto de estudio, alegando que en el momento de elaborarse el NCP concurría la ocasión más propicia de la historia de la codificación penal española para proceder a una reconstrucción racional y democratizadora (consecuente con la CE) de los “Delitos relativos al ejercicio de los poderes públicos” donde se englobase todas las conductas prevaricadoras así como los arts. 320, 322 y 329 del CP.

CARMONA SALGADO<sup>246</sup> aboga por la total derogación de estos tipos específicos y afirma que los supuestos que surjan en la práctica siempre podrán solventarse por la vía del concurso entre los arts. 319, 321 y 325 CP -vía cooperación necesaria del funcionario en el hecho principal del particular- y el artículo 404 CP. En mi opinión, el problema surgiría cuando el funcionario público actuase autónomamente y sin acuerdo de ningún tipo con el particular, realizando informes o votando concesiones de licencia claramente ilegales, o en casos en que no haya “ejecución” del autor directo.

---

<sup>244</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, *Responsabilidad penal por atentados contra el medio ambiente*, Ponencia del 1º. Congreso Andaluz de Ciencias penales. El Puerto de Santa Maria, 1993.

<sup>245</sup> OCTAVIO DE TOLEDO, *Un ejemplo de norma jeroglífica*, RP Aranzadi. 2000, nº. 3, p. 15.

<sup>246</sup> CARMONA SALGADO, *Consideraciones críticas en torno a algunos delitos urbanísticos*, en La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. LH-Cerezo Mir, p. 1219.

Como se puede ver las posiciones son un tanto dispares y opuestas. Ciertamente, como afirma POZUELO PÉREZ<sup>247</sup>, el problema no reside tanto en si se han de tipificar o no este tipo de conductas cometidas por los funcionarios o autoridades (en el ámbito de la ordenación del territorio, del patrimonio histórico o ambiental). La cuestión se halla en una defectuosa técnica legislativa que no señala adecuadamente el umbral típico mínimo de gravedad. Es decir, el problema fundamental reside *en cómo se hace* la intervención del Derecho penal en esta materia<sup>248</sup>.

Por todo esto es conveniente analizar, en dos epígrafes separados, la problemática de si era necesario que el legislador tipificase a través de delitos específicos la responsabilidad funcional en las tres materias ambientales que nos atañen o por el contrario hubiera sido suficiente con el delito de prevaricación común del art. 404 del CP para hacer frente a este tipo de delincuencia.

## **1. Necesidad de una tipificación específica respecto a los funcionarios públicos con competencias ambientales.**

La doctrina<sup>249</sup>, desde los inicios de la intervención penal en las materias ambientales, ha reclamado la criminalización específica de la responsabilidad de los funcionarios mediante uno o varios preceptos especiales. Podría afirmarse que los tipos genéricos de funcionarios públicos (especialmente la prevaricación del art. 404 CP) bastarían para dar una adecuada respuesta a estas situaciones. No obstante, hay que

---

<sup>247</sup> POZUELO PÉREZ, *Notas sobre la denominada expansión del Derecho Penal: Un análisis al hilo de los delitos contra la ordenación del territorio*, en RDyPP, año 2003.1 nº. 9, p. 21.

<sup>248</sup> Como sigue alegando POZUELO PÉREZ, en *ob. ult. cit.*, p. 21, lo que resulta rechazable, por ejemplo, es que se imponga una sanción idéntica a quien informa la concesión de una licencia que a quien la concede o que no se determine con claridad el alcance del tipo o se introduzca en ocasiones conceptos indeterminados que tengan que valorarse con interpretaciones un tanto subjetivas.

<sup>249</sup> Entre otros, PRATS CANUTS, *De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, en ComCP PE, 5ª. ed. t. III, Quintero Olivares (Dir.) y Morales Prats (Coord.), p. 132; PRATS CANUTS, *Actuación incorrecta del funcionario público y responsabilidad en el ámbito de los delitos contra la Administración pública*, en Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, 1998, cit., pp. 119-120; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente Tit. XIII, L. II, PANCP 1983*. DJ nº. 37/40, vol. II, p. 934; y PEREZ DE GREGORIO, *Los Delitos contra el medio ambiente*, LL 1996-1, p. 1794.

destacar que en la práctica se ha puesto de relieve un escaso recurso a dicha tipicidad penal para sancionar los comportamientos que se están analizando<sup>250</sup>. En este sentido, todos los textos prelegislativos, anteriores al vigente CP de 1.995, han regulado un delito funcional *medio ambiental* circunscrito a dos aspectos: a la concesión de licencias y a la deficiente actividad inspectora<sup>251</sup>.

Ya incluso antes de la publicación del NCP, la Circular de la FGE (Fiscalía General del Estado) 1/90, sobre la Contribución del Ministerio Fiscal a la Investigación y Persecución de los Delitos contra el Medio Ambiente, insistía, cuando regía el art. 347 bis del CPA, en la lamentable ausencia de tratamiento penal contra los funcionarios y autoridades responsables de atentados contra el medio ambiente. Dicha Circular denunciaba el constante y perturbador actuar de algunos municipios ante la especulación, con grandes beneficios para quienes la promueven, así como en ocasiones, la ausencia del debido control por los Ayuntamientos, a veces más prestos a aliviar las arcas municipales con los ingresos por licencias que a velar por la debida ordenación territorial y la protección del entorno.<sup>252</sup>

---

<sup>250</sup> En este sentido MATELLANES RODRÍGUEZ afirma acertadamente, en *Medio Ambiente y Funcionarios Públicos*, cit. p. 179, que la desidia que han mostrado nuestros tribunales pese a contar con herramientas sancionadoras suficientes, se erige en razón de descontento hacia el mantenimiento de la solución “tradicional” en nuestro Derecho; asimismo GONZÁLEZ CUSSAC afirma, en *La nueva regulación de los delitos de los Funcionarios en el CP de 1995: la prevaricación*, CDJ nº. XXX, 1996, pág. 43, que la tipificación de estos tipos (arts. 320, 322 y 329 CP) es motivado por el deseo del legislador de corregir una inmovilista jurisprudencia que se mostraba reacia a castigar como partícipe en una prevaricación a los funcionarios que emitían informes favorables a tomar una resolución injusta. Por esto para modificar este régimen de impunidad, el legislador atajó por el camino más corto cual fue crear estas nuevas figuras delictivas. Y las creó precisamente en los ámbitos mas sensibles y también donde resultaban más comunes (Medio Ambiente, Ordenación del territorio y Patrimonio Histórico).

<sup>251</sup> Sin embargo, en todos estos proyectos se dejó al margen de lo punible las conductas de los funcionarios en relación con los “estudios de impacto ambiental”, dado que los mismos no pueden ser reconducidos ni al ámbito de la autorización ni al ámbito del control. Vid PRATS CANUTS, *Responsabilidad penal de las autoridades y funcionarios municipales en material ambiental*, Cuadernos Jurídicos nº. 27. Febrero 1995, pp. 38 y 39.

<sup>252</sup> Los datos a nivel de la ordenación del territorio son relevantes en tanto que denotan que el urbanismo es una de las mayores amenazas medioambientales que existen en España. Como destaca OVEJERO, en *Recalificar un terreno: una misión casi imposible*, diario El Mundo, sección “Su Vivienda” de 26-5-2000, p. 12, las Administraciones se financian con frecuencia con el aprovechamiento del suelo: se calcula que el 30% de los presupuestos de las Corporaciones locales lo cubren los ingresos procedentes de recalificaciones del suelo, del incremento de las plusvalías y de los impuestos de licencias de obras; igualmente, como se afirma en el diario El País, sección Madrid de 17-11-2000, pp. 1 y 4, se han producido casos en los que las Corporaciones han procedido a la venta de suelo público para ajustar los presupuestos municipales, evitando con ello subir los impuestos, que es una medida impopular. Así por ejemplo en el Pleno de Presupuestos del Ayuntamiento de Madrid de nov. de 2000, el Informe del Interventor reprochó al equipo técnico de gobierno del Alcalde haber equilibrado las cuentas del Consistorio a base de vender suelo público por valor de 10.595 millones de pesetas. En este sentido se ha pedido que el urbanismo deje de ser fuente de financiación de los

No cabe duda de que son razones tanto de realismo y eficacia social como de conveniencia práctica las que han de llevar a justificar la presencia de estos tres tipos penales en el texto punitivo, pues no se puede olvidar que, en buena medida, las autoridades y los funcionarios públicos son auténticos protagonistas de los atentados a nuestro entorno<sup>253</sup>. Por esto ha sido necesario requerir en el NCP de forma expresa su responsabilidad penal en estos ámbitos. En efecto, conviene recordar que la naturaleza reglada de las licencias para construir, derribar o alterar edificios protegidos o para realizar actividades contaminantes recae sobre el funcionariado, siendo una conducta suya desviada lo que da pie a la sanción específica de los arts. 320, 322 y 329 del CP.

Antes de la inclusión de estos tipos en el NCP existían lagunas en el ordenamiento -por ejemplo la conducta de informar favorablemente licencias ilegales- que impidían incriminar la actuación delictiva de los funcionarios intervinientes en estos ámbitos; de no existir los tipos penales objeto de estudio, o bien sería atípica o bien estaría insuficientemente castigada. Realmente la conducta consistente en el “*informe favorable*” de los referidos tipos penales sólo pueden castigarse por la existencia de los arts. 320, 322 y 329 CP ya que no queda suficientemente cubierto por el art. 404 del CP<sup>254</sup>.

---

Municipios, planteándose como solución una mayor participación de los Ayuntamientos en los Tributos del Estado.

Entre 1990 y 2000 -según un detallado estudio del Instituto Geográfico Nacional realizado con satélite de alta resolución (teledetección)- las zonas urbanizadas aumentaron un 25% en España mientras que la superficie de bosque perdió 240.000 hectáreas (equivalente a Álava entera); las urbanizaciones ocupan ya el 34% de la costa mediterránea española; y en tal periodo el suelo edificado en la Comunidad de Madrid aumenta un 50%. Ver Diario El País de 27-12-2004, pp. 28 a 30.

Véase igualmente el excelente estudio de Díez RIPOLLÉS, *Prácticas ilícitas en la actividad urbanísticas un estudio de la Costa del Sol*, 2004, *passim*. En este trabajo se analiza la interrelación existente entre la actividad urbanística privada con la administración pública, evaluándose los riesgos de corrupción y la infiltración de la delincuencia organizada.

<sup>253</sup> Como afirma DE LA MATA BARRANCO, en *La construcción de tipos específicos a partir de la participación en un hecho ajeno: el ejemplo de las denominadas prevaricaciones especiales*, LH-Valle Muñiz, cit., p. 1232, la tipificación de los arts. 320, 322 y 329 CP abordan la responsabilidad de quienes en estos ámbitos tienen una actuación especialmente relevante para evitar dicha lesión en el momento previo en que, por el ámbito en que se desarrollan las conductas lesivas, está prevista su intervención. Estos tipos específicos tiende a garantizar la tipicidad de determinadas conductas, tratando de evitar que quienes actúan dentro de la Administración queden exentos de responsabilidad penal.

<sup>254</sup> En este sentido TERRADILLOS BASOCO, *La responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente*, EPC, t. XX, 1997, pp. 316-317; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Delitos sobre la ordenación del territorio: el delito urbanístico en el NCP*, CPC n.º. 63, p. 684; y DE LA MATA BARRANCO, *Art. 320.1: prevaricación específica en el caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas*, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, 1998, cit., p. 138.

Así pues, habrá que entender la tipificación de la responsabilidad penal de los funcionarios públicos a través de estos delitos como acertada y necesaria, pues era preciso dotar de sustantividad propia a estas responsabilidades funcionariales específicas frente a la prevaricación genérica o común del art. 404 CP; esto se concretiza fundamentalmente a través de las dos conductas descritas en ellos, es decir, las de *informar favorablemente y haber resuelto la concesión de las licencias* (bien *por sí mismo*, bien a través del voto en los órganos colegiados), lo que permite afirmar una responsabilidad funcional mas amplia en estos tipos específicos<sup>255</sup>.

Otro de los motivos por lo que son acertadas las tipificaciones específicas objeto de análisis es por el hecho de que si se han tipificado las conductas de quienes contaminan o de los sujetos que ponen en riesgo el patrimonio histórico o a los promotores y constructores que agreden el uso racional del suelo, sería un sinsentido no tipificar las conductas funcionariales, que, con carácter previo, simultáneamente o con posterioridad, conceden unas licencias o informan de ellas ilegalmente y que sirven en muchos casos de base para que aquellos delinquan.<sup>256</sup>

Esta necesidad de tipos penales específicos de responsabilidad funcional no quiere decir que no haya que someter a los arts. 320, 322 y 329 CP a una serie de importantes criterios correctores que delimiten su ámbito típico<sup>257</sup>, ya que es discutible y desacertada la concreta configuración técnica de estos tipos penales. Si no fuese así, previsiblemente se terminaría privilegiando al funcionario público o autoridad respecto al particular, en contra del criterio que ha de dominar, que no es otro que el de agravar la conducta del funcionario por la deslealtad en que incurre<sup>258</sup>.

---

<sup>255</sup> SIERRA LÓPEZ, *La prevaricación específica del funcionario público en el marco de los delitos recogidos en el en el título XVI: su relación con la prevaricación generica del art. 404 CP*. APen, n°. 36, 8-10-2000, p. 772.

<sup>256</sup> POZUELO PÉREZ, *Notas sobre la denominada expansión del Derecho penal: Un análisis al hilo de los delitos contra la ordenación del territorio*. RDyPP, año 2003.1 n°. 9, p. 30.

<sup>257</sup> En este sentido DE LA MATA BARRANCO afirma, en *La construcción de tipos específicos a partir de la participación en un hecho ajeno: el ejemplo de las denominadas prevaricaciones especiales*, LH-Valle Muñiz, cit., p. 1218, que el que haya de pronunciarse a favor de estos tipos específicos no quiere decir que su alcance y aplicabilidad sea ilimitado; todo lo contrario, hay que cuestionar la desmedida intervención penal a que puede llevar una interpretación de los tipos 320, 322 y 329 CP sin tener en cuenta su vinculación con los hechos principales a que hacen referencia (es decir, con los 319, 321 y 325 CP).

<sup>258</sup> GÓMEZ RIVERO afirma, en *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, cit., p. 71, que el sentido de estos preceptos específicos es doble: por un lado cubrir lagunas de punibilidad y por otro agravar la responsabilidad que resultaría de aplicar los preceptos generales del CP cuando el funcionario obra en contradicción con el ordenamiento jurídico; en sentido similar, ALASTUEY DOBÓN, *El ámbito de aplicación del art. 329 CP: examen de sus conductas típicas*. RDPCr. 2ª. época n°. 9, enero 2002, p. 12

## 2. La insuficiencia del delito de prevaricación administrativa respecto a los funcionarios públicos con competencias ambientales.

Pese a lo dicho en el epígrafe anterior, existe otro sector doctrinal que asegura la suficiencia de los tipos generales sobre responsabilidad de los funcionarios públicos para cubrir las responsabilidades de éstos en los temas de ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente. En efecto, MORALES PRATS/TAMARIT SUMALLA<sup>259</sup> afirman precisamente que estos tipos penales funcionariales y específicos no resuelven ninguna laguna de punibilidad que no pueda ser cubierta con una adecuada interpretación del art. 404 CP, lo que pone de manifiesto el poco acierto del legislador a la hora de establecer un modelo razonable de coordinación entre el art. 329 CP y las modalidades de prevaricación del funcionario público. Por su parte, MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS<sup>260</sup>, en la misma línea, afirma que si los preceptos generales se revelan como insuficientes para penalizar todos los comportamientos posibles de un funcionario público en relación con el ambiente, la solución no será crear un tipo específico, sino suplir las deficiencias dentro de los preceptos generales<sup>261</sup>.

Sin embargo, personalmente creo que el delito de prevaricación común no cubre del todo las conductas injustas graves de los funcionarios públicos con competencias relativas a la ordenación del territorio, patrimonio histórico o ambiente y esto por tres motivos:

1. En primer lugar, el delito del art. 404 CP sólo protege el buen desarrollo de la función pública y la ausencia de desvíos ilegales en su quehacer. Por el contrario, según se analizó en la segunda parte de esta investigación, el legislador, al incluir los tipos específicos analizados en el Título XVI del Libro II del NCP, lo que también quiere es dar una especial relevancia al “entorno” que rodea al ser humano. Hoy en día el medio ambiente en sentido natural, correlacionado con la orde-

---

<sup>259</sup> MORALES PRATS/TAMARIT SUMALLA, *En ComDP PE*, 5ª. ed. t. III, 2008, en Quintero Olivares (Dir.), Morales Prats (Coord.), p. 134.

<sup>260</sup> MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, cit., pp. 30 y ss.

<sup>261</sup> En sentido parecido, RODRÍGUEZ RAMOS, *Protección penal del ambiente*, en Comentarios a la Legislación penal, dir. Cobo del Rosal, coord. Bajo Fernández, t. I, Edersa 1982, pp. 276-277



nación del territorio y el patrimonio histórico en el sentido de conformar un concepto amplio de *ambiente*, constituye una demanda de primer orden, y, por tanto, hace que en estos ámbitos esté más justificada que en otros la protección punitiva frente a las ilegalidades que realizan los funcionarios públicos<sup>262</sup>.

2. En segundo lugar, hay conductas de los arts. 320, 322 y 329 CP que no se reflejan en el artículo 404 CP y que es muy difícil que se puedan subsumir dentro del delito de prevaricación común. Me refiero a la “emisión de informes” e incluso a las variantes que caben respecto a la votación para la concesión de las licencias ilegales. Como ejemplo real basta con comprobar que durante el tiempo en que estuvo vigente el art. 347 bis del CPA, no se alcanza a ver que haya habido un solo funcionario público (*ambiental*) que haya sido condenado por el Tribunal Supremo por conductas ilegales de carácter medio ambiental.

La prevaricación administrativa se ha asimilado por la jurisprudencia<sup>263</sup> y la doctrina<sup>264</sup> a todo acto de la Administración pública de carácter decisorio que afecte al ámbito de los derechos e intereses de los administrados. Es decir, comporta una declaración de voluntad de aquélla (la Administración). Por tanto, habrá que excluir de este concepto -por ser atípicos- todos los actos administrativos que no tengan carácter decisorio<sup>265</sup>, entre los cuales se hallarán varios de los comportamientos típicos incluidos en los preceptos objeto de estudio en este trabajo. De esta forma, el informe<sup>266</sup> se halla en el *iter* de la resolución -aunque no es tal- y siempre implica un acto administrativo separado (de trámite); no contiene una declaración de voluntad y tiene otro valor en el procedimiento que lo da una persona u órgano que carece de poder decisorio sobre el asunto concreto<sup>267</sup>. Por consiguiente, no puede ser objeto de la prevaricación del art. 404 CP.

De todo ello se deduce que estos tipos funcionariales específicos permiten sancionar conductas que de otro modo no se podrían castigar. Por eso hay que en-

---

<sup>262</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, *Medio Ambiente y Funcionarios Públicos*, cit. p. 178.

<sup>263</sup> Entre otras, SSTs de 14-11-1995 (EDJ 1995/6136) y 1-6-2009 (EDJ 2009/101176).

<sup>264</sup> Por todos, OCTAVIO DE TOLEDO, *La Prevaricación del Funcionario Público*, cit., p. 101; y ORTS BERENGUER, *DP PE*, t. VII, esquemas, 2007, cit., p. 283.

<sup>265</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos relacionados con la emisión de informes y la tramitación de expedientes*. Revista Aragonesa de Administración Pública, dic. 1997, pp. 464-465.

<sup>266</sup> Como afirma ALASTUEY DOBÓN, en *El ámbito de aplicación del art. 329 CP: examen de sus conductas típicas*, RDPCr. 2ª. época, nº. 9, enero 2002, p. 17, el funcionario informante es quien tiene en buena medida el dominio del hecho. Este es el motivo por el que el legislador ha tipificado una conducta anterior y previa a la concesión de la licencia.

<sup>267</sup> Vid al respecto, GONZÁLEZ PÉREZ, *Procedimiento administrativo municipal*, cit., pp. 466-467; y PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo I*, PG, 16ª. ed. 2007, p. 222.



tender que dogmáticamente los arts. 320, 322 y 329 CP no son globalmente prevaricaciones específicas en su totalidad. Vienen a solucionar *ex lege* el problema que suscita la pluralidad de sujetos intervinientes en el delito y de bienes jurídicos afectados por el mismo mediante una serie de conductas típicas (informar, votar o resolver), cuya estructura típica no es coincidente con la del art. 404 CP<sup>268</sup>.

3. Por último, tampoco hay que olvidar que la prevaricación común del art. 404 CP únicamente impone penas privativas de derechos y no privativas de libertad, lo que resulta insuficiente para las responsabilidades penales de los funcionarios públicos que tienen competencias específicas en campos tan esenciales como son la ordenación territorial, el patrimonio histórico y el ambiente. Teniéndose en cuenta que estas responsabilidades son pluriofensivas era conveniente crear unos tipos específicos que fijasen penas de prisión.

## **B. Antecedentes prelegislativos, legislativos y la elaboración de los arts. 320, 322 y 329 CP.**

El recorrido hasta su entrada en vigor de los tipos penales que se analizan en la presente investigación ha sido largo y dificultoso. Es imprescindible hacer una breve referencia histórica de todos los intentos que ha habido de tipificar específicamente conductas cometidas por funcionarios públicos en materias que iban tomando -desde el punto de vista social y económico- una mayor y relevante trascendencia, como son la ordenación del territorio, el patrimonio cultural y el medio ambiente.

Dicha evolución se plasma en cinco proyectos y/o anteproyectos a raíz de los cuales se da pie a la Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre, que constituye lo que es el vigente CP.

---

<sup>268</sup> ACALE SÁNCHEZ, *La responsabilidad del funcionario público y de la autoridad en el Tit. XVI del CP: Especial referencia al art. 320*, RPJ nº. 47, 1997, p. 123.

## 1. El Proyecto de Ley Orgánica de Código penal (PLOCP) de 17 de Enero de 1980.

En efecto, tras la aprobación de la CE de 27 de diciembre de 1.978, y a los efectos de adecuar el Derecho punitivo español a las nuevas exigencias, la Comisión General de Codificación nombró una ponencia<sup>269</sup> que redactó el primer texto del Anteproyecto. Éste fue aprobado -con algunas modificaciones- por el Gobierno que se formó con motivo de las elecciones generales del 1 de marzo de 1.979, remitiéndose el Proyecto a las Cortes y siendo publicado en el B.O. de las Cortes Generales de 17 de enero de 1.980<sup>270</sup>.

El Proyecto de 1980 introdujo dentro del Tit. VII, Cap. III, de los “Delitos contra la salud pública”, el art. 324<sup>271</sup> que incluía una incriminación específica ambiental referente a comportamientos de los funcionarios facultativos. En este tipo se producía una conexión directa y acertada con el tipo básico y se establecía de forma expresa, además de la pena que conllevaba, la de inhabilitación especial de ocho a doce años. Por su parte y como aspecto negativo hay que indicar que su ubicación fue desacertada, pues se insertaba en el capítulo de los delitos referidos a la salud pública y no de manera autónoma.

Asimismo en el Proyecto también se introdujo, dentro del Libro II, Tit. VII, Cap. X, sobre “los Delitos contra el orden socioeconómico”, el art. 384 relativo al delito urbanístico de los funcionarios<sup>272</sup>. La estructura de este delito varía sustancialmente

---

<sup>269</sup> La Comisión estuvo formada por D. Gonzalo Rodríguez Mourullo, como Ponente General, y por D. Enrique Gimbernat Ordeig, D. Fernando Díaz Palos y D. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, como vocales.

<sup>270</sup> CEREZO MIR, *Curso de DP español. PG I*. 3ª. ed. p. 134.

<sup>271</sup> Este precepto decía: “*Si las industrias a las que se refiere el artículo anterior hubieran obtenido la licencia que autorice su funcionamiento en las condiciones causantes de la contaminación, cuando aquella sea manifiestamente contraria a lo preceptuado en las leyes o reglamentos en vigor, los funcionarios facultativos que dolosamente hubieran informado favorablemente el proyecto, hubieran concedido la licencia o con motivos de sus inspecciones hubieran silenciado la infracción de aquellas normas, serán castigados con la misma pena de prisión y multa, y, además con la inhabilitación especial para el desempeño de cargos públicos de 8 a 12 años”.*

<sup>272</sup> El art. 384 relativo a la ordenación del territorio estipulaba: “*Los funcionarios facultativos que hubiesen informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias notoriamente contrarios a las normas urbanísticas vigentes y los miembros del organismo otorgante que hubiesen votado su concesión a sabiendas de su ilegalidad, serán castigados con la pena de prisión de 1 a 3 años o multa de 12 a 24 meses y en todo caso con la de inhabilitación especial para el desarrollo de cargos públicos por tiempo de 6 a 10 años*”.

respecto al citado delito ambiental del art. 324, puesto que no quedaba vinculado convenientemente al tipo básico, conteniendo una pena propia, por cierto más suaves que las de éste (el delito básico).

Por su parte respecto a la responsabilidad penal funcional en el ámbito de los delitos contra el patrimonio histórico nada quedó tipificado específicamente en el proyecto de 1980, habiendo considerado suficiente sus redactores el tipo penal del art. 384.

## 2. La Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal de 1983 (PANCP).

El Gobierno socialista surgido de las elecciones de 28 de octubre de 1982 no mantuvo el Proyecto de 1980, pese a que éste fue el punto de referencia para la PANCP de 1983. En efecto, el Ministro de Justicia del momento -Sr. Ledesma Baret- nombró otra Comisión<sup>273</sup> para que, partiendo del valiosísimo material aportado por el Proyecto anterior y las enmiendas presentadas al respecto por los Grupos Parlamentarios y la doctrina, elaborasen un nuevo texto articulado. En esta PANCP del '83 se sigue una nueva pauta estructural de los ilícitos punitivos, considerando al bien jurídico *medio ambiente* de manera autónoma y directa, y no en función de la salud pública<sup>274</sup>.

La PANCP del '83 introducía en el art. 311<sup>275</sup> una descripción de las conductas llevadas a cabo por los funcionarios públicos medioambientales que era bastante

---

El primer antecedente en la normativa urbanística respecto al art. 384 del proyecto de CP de 1980 lo podemos encontrar en el art. 228.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 que afirma “en las obras amparadas en una licencia cuyo contenido sea manifiestamente constitutivo de una infracción urbanística grave serán igualmente sancionados: el facultativo que hubiera informado favorablemente el proyecto, y los miembros de la Corporación que hubiesen votado a favor del otorgamiento de la licencia sin el informe técnico previo, o cuando éste fuera desfavorable en razón de aquella infracción o se hubiere hecho la advertencia de ilegalidad prevista en la legislación de Régimen Local”. Vid. GUIASOLA LERMA, *Delitos contra el Patrimonio Cultural. Arts. 321-324 CP*, cit., p. 562.

<sup>273</sup> Esta Comisión estuvo formada por los profesores Cobo del Rosal, Gimbernat Ordeig, Luzón Peña, Muñoz Conde, Quintero Olivares y el Magistrado del Tribunal Supremo Sr. García Miguel. Vid. Propuesta de Anteproyecto del NCP de 1.983. 2ª. ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Madrid 1984.

<sup>274</sup> HERNÁNDEZ ALONSO, *Prevaricación específica de funcionario público en el área medioambiental*, APen nº. 9. 1999, t. I, p. 185.

<sup>275</sup> Este precepto establecía lo siguiente “Si las industrias o actividades a que se refiere el artículo, anterior hubiesen obtenido licencia que autorice su funcionamiento en las condiciones causantes de la contaminación, cuando aquella sea manifiestamente contraria a lo preceptuado en las leyes o reglamentos,

similar a la del art. 324 del PLOCP de 1.980. Como puede comprobarse había tres variaciones de este art. 311 respecto al 324 del PLOCP: 1) la eliminación del término “dolosamente” contenido en el art. 324; 2) la intercalación de la vocal “o” entre funcionarios y facultativos; y 3) el bien jurídico “ambiente” se configura de manera autónoma, dedicándose un Capítulo específico – el II del Tit. XIII – a los “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, inmediatamente después de los “Delitos sobre la ordenación del territorio”<sup>276</sup>.

En esta Propuesta de Anteproyecto, aunque se tipificaba el delito urbanístico básico desaparecía el tipo especial propio referente a los *funcionarios facultativos y miembros del organismo otorgante o informante* de las licencias. Tampoco se hizo referencia a conducta ilegal y específica del funcionario en materia relativa al patrimonio histórico.

### 3. Anteproyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992 (ALOCP).

Como afirmó en su Introducción el entonces Ministro de Justicia, D. Tomás de la Cuadra-Salcedo, este Anteproyecto es el resultado del largo y cuidadoso proceso - no improvisado- habido a través del PLOCP '80 y la PANCP de '83, todo ello tendente a la elaboración del llamado “Código Penal de la democracia”. Sin embargo, en lo que interesa, este ALOCP fue muy criticado<sup>277</sup>.

A su vez el Anteproyecto en el Tit. XIII del Libro II, bajo el epígrafe “De los delitos relativos a la ordenación del territorio, al medio ambiente y a la caza y a la

---

*los funcionarios o facultativos que hubieren informado favorablemente el proyecto, hubieren concedido la licencia, o con motivo de sus inspecciones hubiesen silenciado la infracción de aquellas normas, serán castigados con las mismas penas de prisión y multa y con la inhabilitación especial para el desempeño de cargos públicos de 8 a 12 años “.*

<sup>276</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente* (Tit. XIII, L.II, PANCP 1983), DJ, nº. 37/40, vol. II, 1983, p. 928.

<sup>277</sup> Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, *Responsabilidad Penal del Funcionario Público por Delitos contra el Medio Ambiente*, cit., p. 123; GARCÍA PLANAS, *El Delito Urbanístico (delitos relativos a la ordenación del territorio)*, cit., pág. 43; CUERDA ARNAU/MIRA BENAVENT, *Jornadas sobre “la reforma del CP” (anteproyecto de 1992)* celebradas el 15 y 16 de mayo 1992 en la Universidad de Valencia, RPJ nº 28, diciembre 1992, número monográfico sobre el PLOCP; Informe del Pleno del CGPJ sobre el Anteproyecto del CP de 1992 (Ponente D. Tomas S. Vives Antón); e Informe del CGAE sobre el Anteproyecto de CP de 1992, en CPC, nº. 49, 1993, pp. 9 y ss.

pesca“, recogía tres Capítulos, el primero de ellos relativo al delito urbanístico, en cuyo art. 304 se disponía:

“Los funcionarios facultativos que, a sabiendas, hubiesen informado favorablemente proyecto de edificación o de derribo, o la concesión de licencias notoriamente contrarios a las normas urbanísticas vigentes y los miembros del organismo otorgante que hubieren votado su concesión a sabiendas de su ilegalidad serán castigados con las penas de prisión de 1 a 3 años o multa de 12 a 24 meses y, en todo caso, con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de 6 meses a 5 años”.

Es decir, se vuelve en cierta medida al tipo penal del Proyecto de 1980 - suprimido en la PANCP de 1983- con alguna modificación significativa como son: 1) la introducción del término típico de la prevaricación “a sabiendas”; 2) se incluye el elemento típico del *informe* referente a proyectos de derribo; 3) se sigue manteniendo la notoriedad de la ilicitud de la licencia, pese a la inclusión del término “a sabiendas”; y 4) se suaviza considerablemente la pena de inhabilitación especial de seis meses a cinco años.

SOTO VÁZQUEZ<sup>278</sup> también criticó el tipo funcional afirmando que al contener el adverbio “notoriamente” se estaba introduciendo una especie de dolo reduplicado completamente innecesario dada la desaparición de la cláusula general relativa a la imprudencia: al no ser un tipo imprudente este art. 304 -por no especificarse así expresamente- siempre tendría que ser doloso. La intercalación del adverbio “*notoriamente*” se convierte en un elemento de indeterminación valorativa en la apreciación de la conducta dolosa que por su deficiente taxatividad, puede conducir en la práctica a la impunidad.

Respecto al medio ambiente, y dentro del Capítulo II del citado Título XII, se introduce el art. 306 el cual era idéntico al art. 311 de la PANCP del '83.

En cuanto al Patrimonio Histórico, en este Anteproyecto de 1.992 sigue sin tipificarse ninguna conducta específica que haga referencia a los funcionarios, aunque por primera vez se incluya como tipo básico del delito urbanístico en el art. 303.2 una conducta que es similar al vigente 321 CP de 1995.

---

<sup>278</sup> SOTO VÁZQUEZ, Boletín de Urbanismo de El Derecho de 1 de diciembre de 1992, p. 2.

#### 4. Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992 (PLOCP '92).

Como se ha dicho, el Anteproyecto del '92 produjo importantes críticas. Por eso el Consejo de Ministros de 4 de Septiembre de 1992, sensible a ellas, introdujo una serie de modificaciones respecto al texto inicial como consecuencia de las observaciones doctrinales formuladas así como del Informe emitido por el CGPJ. La aprobación de dicho Texto se remitió al Congreso de los Diputados dando pie al Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992 (PLOCP '92).

La Exposición de motivos del Proyecto de 1992 -aparte de constatar que los ataques al *entorno* o ambiente constituyen preocupación de primer orden que se traducen en la indudable aparición de un bien jurídico que exige la presencia del Derecho penal<sup>279</sup>- justificaba la presencia de un delito específico respecto a los funcionarios con competencia en medio ambiente en los siguientes términos: *“la punición específica de la concesión indebida de licencias a industrias contaminantes, que recaerá sobre los facultativos que hubieren informado favorablemente el proyecto, los que la concedan, y los inspectores que hubieran silenciado las infracciones en el funcionamiento de industrias ya en marcha, pretende contribuir a la eficacia de la persecución del delito ecológico, removiendo obstáculos que la breve experiencia del art. 347 bis del CP ha puesto de manifiesto”*<sup>280</sup>.

En este Proyecto se introducía en el Cap. I del Tit. XIII -respecto a los delitos contra la ordenación del territorio- un tipo funcional específico, el art. 311, que era idéntico al art. 304 del ALOCP de 1992 salvo que la pena de prisión se rebajaba sustancialmente de uno a tres años por la de seis meses a un año, aunque se mantenía el carácter opcional de la pena de prisión con la de la multa.

En lo referido al delito ecológico se incorporaba el art. 313<sup>281</sup> -con casi idéntica regulación a la del art. 324 del PLOCP '80 y art. 306 del ALOCP '92- aunque con

---

<sup>279</sup> PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL CP DE 1992, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid 1992, p. 38.

<sup>280</sup> PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL CP DE 1992, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid 1992, p. 40.

<sup>281</sup> Según este art. 313 *“Si las industrias a las que se refiere el artículo anterior hubieran obtenido la licencia que autorice su funcionamiento en las condiciones causantes de la contaminación, cuando aquella sea manifiestamente contraria a lo preceptuado en las leyes o reglamentos en vigor, los funcionarios o facultativos que, a sabiendas, hubieran concedido la licencia o con motivos de sus inspecciones hubieran silenciado la infracción de aquellas normas, serán castigados con las penas*

tres variaciones significativas: 1) se incorpora el término “a sabiendas”; 2) se concretiza la pena de prisión en vez de seguirse con la establecida para el tipo básico; y 3) se sustituye la conjunción “y” indicativa de la acumulación de las penas de prisión y multa por la “o” que es opcional a una sola de las dos. Es decir, la pena es mucho más leve en este Proyecto que en el de sus antecesores, lo que, realmente, no indica nada a su favor, teniendo en cuenta el incremento de irregularidades cometidas por funcionarios públicos a este respecto.

Dichos preceptos -arts. 311 y 313- siguieron siendo criticados por la doctrina especialmente por ser considerados incompletos, ya que no contemplaban expresamente la punibilidad del funcionario por la no revocación de una autorización que es *ab initio* contraria a Derecho o que, habiendo sido conforme al mismo al tiempo de su adopción, las circunstancias se han modificado y su mantenimiento vulnera las normas correspondientes<sup>282</sup>.

En tal Proyecto tampoco hubo una tipificación específica para las conductas irregulares de los funcionarios con competencias en ámbitos relativos al patrimonio histórico.

## **5. Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1994 (PLOCP '94).**

Este Proyecto -publicado en el BO del Congreso de los Diputados el 26 de septiembre de 1994- fue el debatido en el Parlamento y que derivó en el vigente CP de 1.995. Como se afirmaba en la Exposición de Motivos, era fruto de un amplio consenso llevado a cabo “por las discusiones parlamentarias del proyecto de 1992, el dictamen del CGPJ, el estado de la jurisprudencia y las opiniones de la doctrina científica”<sup>283</sup>.

---

*de prisión de 6 meses a 1 año o multa de 8 a 24 meses e inhabilitación especial para el empleo o cargo público de 8 a 12 años”.*

<sup>282</sup> Por todos, DE VICENTE MARTÍNEZ, *Responsabilidad Penal del Funcionario Público por Delitos contra el Medio Ambiente*, cit., p. 122.

<sup>283</sup> Ley Orgánica del CP, Trabajos Parlamentarios, t. I, Cortes Generales, Madrid 1996, p. 9.

En el PLOCP de 1994 se mantuvo en el art. 306 el tipo específico relativo a los funcionarios que delinquieren en el campo de la ordenación del territorio, haciéndolo de manera idéntica a como quedaba en el art. 311 del Proyecto de 1992.

Asimismo permanece el delito funcional en materia medioambiental a través del art. 311<sup>284</sup>, aunque modificado de forma defectuosa. En efecto, respecto a los proyectos anteriores se hace -desacertadamente- una reducción de las conductas típicas a tan sólo la emisión de informes para la concesión de esas licencias ilegales y al silenciamiento de las infracciones, desapareciendo la concesión de las licencias ilegales propiamente dicha, lo cual no tenía sentido dado que es precisamente la base del acto de informar.

### **C. La Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del CP.**

Ante los problemas que planteaba la redacción de un nuevo texto punitivo -especialmente por las controversias surgidas en los anteproyectos y proyectos debatidos- y dada la imperiosa necesidad de acoplar el CP al nuevo marco constitucional de 1978, el Gobierno remitió a las Cortes un Proyecto de Ley Orgánica de reforma urgente y parcial de Código penal que daría lugar a la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio.

Esta reforma -que estaba inspirada esencialmente en el Proyecto de 1980- reflejaba ya su preocupación *ambiental* y así, en la Exposición de Motivos de dicha Ley, se afirmaba: “Unos preceptos penales no han de poder por sí solos lograr la desaparición de toda industria o actividad nociva para las personas o el medio ambiente; pero también es evidente que cualquier política tendente a introducir rigurosidad en este problema requiere el auxilio coercitivo de la Ley penal”.

---

<sup>284</sup> Según este art. 311 “*Los funcionarios o facultativos que, a sabiendas de su manifiesta ilegalidad, hubieran informado favorablemente la concesión de licencias que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de las Leyes o Reglamentos que las regulen, serán castigados con las penas de prisión de 6 meses a 1 año o multa de 8 a 24 meses e inhabilitación especial para el empleo o cargo público de 8 a 12 años*”.



En la citada Ley Orgánica 8/1983 se incluyó únicamente un “delito ambiental”, el art. 347 bis<sup>285</sup> inspirado en esencia en el art. 323 del PLOCP de '80, compuesto de un tipo básico y principal (párrafo primero) y dos cualificados o agravados (párrafos dos y tres). Sin embargo este precepto en ningún modo cubría las expectativas deseadas, ello por cuatro motivos esenciales<sup>286</sup>:

- 1) Se producía sólo una protección parcial, limitada a la contaminación, no recogiendo-se todos los aspectos medio ambientales mencionados en el art. 45 CE. Debería haberse efectuado esa protección penal a todos los sectores ambientales y recursos naturales, cuales son el aire, agua, suelo y subsuelo, además de la flora y la fauna.
- 2) Mezclaba el bien jurídico ambiental con otros distintos como la salud de las personas o el patrimonio agrícola<sup>287</sup>.
- 3) Para garantizar la efectiva protección penal del medio ambiente y los recursos naturales habría sido igualmente imprescindible actualizar y completar el elenco de disposiciones administrativas que completaban el citado tipo penal.
- 4) Las penas del tipo básico del citado precepto (arresto mayor y multa de 175.000 a 5.000.000 de ptas.) eran un tanto benignas respecto al peligro que suponían las conductas realizadas por los sujetos activos.

A su vez en la reforma aludida no se constató ninguna incriminación específica respecto a los funcionarios públicos, lo que fue valorado negativamente. Este vacío normativo se pretendió suplir -pese a los problemas que ello suponía- doctrinalmente a través

---

<sup>285</sup> El art. 347 bis decía: “Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 175.000 a 5.000.000 de ptas. el que, contraviniendo las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles.

*Se impondrá la pena superior en grado si la industria funcionara clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones, o se hubieren desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de la actividad contaminante, o se hubiera aportado información falsa sobre los aspectos ambientales de la misma o se hubiere obstaculizado la actividad inspectora de la Administración.*

*También se impondrá la pena superior en grado si los actos anteriormente descritos originaren un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.*

*En todos los casos previstos en este artículo podrá acordarse la clausura temporal o definitiva del establecimiento, pudiendo el Tribunal proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores”.*

<sup>286</sup> Véase al respecto RODRÍGUEZ RAMOS, *La protección penal del ambiente en España*, en Protección internacional del medio ambiente y derecho ecológico, directores De la Cuesta Arzamendi y Fernandez Casadevante, cit., 1987, pp. 181-188; también Art. 347 bis, en ComCP, coord. López Barja de Quiroga/Rodríguez Ramos, cit., 1990, pp.648-655; MUÑOZ CONDE, *DP PE*, 9ª. ed. cit. 1993, pp. 510.

<sup>287</sup> Ha sido una constante de la doctrina española reclamar la autonomía del medio ambiente como bien jurídico protegido. Por todos, MUÑOZ CONDE, *ob. ult. cit.*, p. 511.

del criterio de que en los funcionarios *ambientales* se daban los elementos que permitían fundamentar una imputación del resultado de peligro por omisión; es decir, esta falta de un tipo específico en la Ley Orgánica de 1983 fomentó como teoría mayoritaria la de que la responsabilidad penal de los funcionarios con competencias ambientales se sustanciara por la vía de la comisión por omisión.

#### **D. Elaboración de los arts. 320, 322 y 329 del CP de 1995.**

Antes de iniciar el exhaustivo análisis de la responsabilidad penal de las autoridades y funcionarios públicos con competencias en ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente, es conveniente indicar cuál fue el trámite parlamentario llevado a cabo respecto a los arts. 306 y 311 del Proyecto de CP de 1994, sometido a discusión, y que finalizaron en los artículos 320, 322 y 329 del NCP. Así debe ser para comprender correctamente el texto hoy vigente y considerando que la elaboración de estos preceptos fue larga y complicada. Al respecto basta con decir, por ejemplo, que el art. 322 -que en principio no estaba previsto- no fue más que un desglose que se hizo “*in extremis*” en el Senado de los delitos relativos a la ordenación del territorio (y que dio lugar a los delitos contra el patrimonio histórico) poco antes de la aprobación final del definitivo CP.

El art. 320 CP ha sido uno de los preceptos que más cambios sufrió a lo largo de la tramitación parlamentaria, en la medida en que su contenido ha ido ampliándose o restringiéndose a la par que se sucedían las modificaciones estructurales a todo el Tit. XVI del Libro II CP<sup>288</sup>. Así ya, en una primera enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Vasco (la nº. 76) en el Congreso, se propuso -y aceptó en el Dictámen de la Comisión y en el Pleno del Congreso- que en el citado art. 306 se sustituyera la expresión “que hubiesen votado su concesión” por otra que dijese “que hubiesen votado *a favor* de su concesión”. Esto se justificaba, acertadamente, en la afirmación de que lo ilícito no es votar, sino hacerlo a favor de una resolución que se sabe contraria a derecho. Quien, aún votando, lo hace en contra, o se abstiene, no

---

<sup>288</sup> ACALE SÁNCHEZ, *La responsabilidad del funcionario público y de la autoridad en el Tit. XVI del CP: Especial referencia al art. 320*, RPJ nº. 47, 1997, p. 131.

infringe ningún deber<sup>289</sup>. En esta fase parlamentaria también se incrementa la pena de prisión de “seis meses a un año”, por la de “seis meses a dos años”, siendo así es como llega al Senado<sup>290</sup>.

En el Senado, el Grupo Parlamentario Socialista presenta la enmienda 372<sup>291</sup>, modificando sustancialmente el primitivo art. 306 del Proyecto que se discutía, con una propuesta casi idéntica a como aparece en el vigente art. 320<sup>292</sup>. En esa enmienda quedaba suprimida la expresión “notoriamente“, que aparecía en todos los proyectos anteriores al CP de 1995, aunque se intercalaba la expresión “a sabiendas de su injusticia“, modificándose el sujeto activo del delito a favor de las autoridades o funcionarios públicos y separándose claramente la conducta de “conceder la licencia“ con el trámite previo del “informe“. Dicha enmienda se justificaba de la manera siguiente:

“Al tratarse de una forma específica de prevaricación se entiende preciso que la configuración del tipo se ajuste a la definición del artículo 396 (prevaricación común en el Proyecto discutido). Para ello se da una nueva redacción, respetando las penas, pero distinguiendo en apartados específicos la conducta de quienes informan, de la de quienes votan o resuelven a favor, incluyendo a quienes actúan como miembros de un órgano colegiado. La pena de inhabilitación se remite a la de la prevaricación común, y además se añaden la de prisión y la de multa que había en el proyecto. Además se omite la referencia al derribo ya que esta conducta pasa a un nuevo Capítulo”<sup>293</sup>.

Esta justificación, en mi opinión, quizás no sea del todo acertada ya que se parte de la consideración de que este tipo de responsabilidades son prevaricaciones específicas. Sin embargo, como se verá más adelante, no todas las conductas establecidas en este precepto pueden considerarse como prevaricadoras. Pese a que la Ponencia del Senado en un primer momento rechazó la enmienda socialista, sin perjuicio del estudio posterior de alguna enmienda transaccional sobre la misma<sup>294</sup>, fue el texto que se aprobó finalmente en el Código.

---

<sup>289</sup> Ley Orgánica del CP, Trabajos Parlamentarios t, I, Cortes Generales, Madrid 1996, pp. 132 y 478.

<sup>290</sup> Ley Orgánica del CP, Trabajos Parlamentarios, t. II, Cortes Generales, Madrid 1996, p. 1628.

<sup>291</sup> Tomando posiblemente como referencias los artículos 264.2 del TRLRSOU de 1992 (hoy derogado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, aprobatorio del Texto Refundido de la Ley del Suelo), 228.2 del TRLRSOU de 1976 y 57. 2. del RDU de 1978.

<sup>292</sup> La única diferencia es la del empleo del verbo haber; en la enmienda se usaba el pretérito pluscuamperfecto “hubiere“, mientras que en el texto definitivo quedó el presente subjuntivo “haya“.

<sup>293</sup> Ley Orgánica del CP, Trabajos Parlamentarios, t. II, Cortes Generales, Madrid 1996, p. 1788.

<sup>294</sup> Ley Orgánica del CP, Trabajos Parlamentarios, t. II, Cortes Generales, Madrid 1996, p. 1.944.

En relación con el vigente art. 322 CP hay que constatar que en el texto definitivo que aprobó el Pleno del Congreso de los Diputados no figuraba ningún tipo delictivo relativo a la responsabilidad funcionarial en el ámbito del patrimonio histórico. La protección penal de éste aparecía insertada en el Capítulo I del Tit. XIII referido a los delitos sobre la ordenación del territorio.

Solamente con motivo de la enmienda nº. 373 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista se efectúa una protección penal autónoma del patrimonio histórico al introducir un Capítulo I bis al Título XIII titulado “De los delitos sobre el patrimonio histórico“. En éste -y en el aspecto que interesa- se incluye un tipo básico (art. 316 bis de la enmienda) formado por las conductas de los nº. 2 y 3 del art. 305 -previsto como tipo básico del delito urbanístico- del Proyecto inicial en discusión (de 1.994), añadiendo posteriormente un segundo artículo (el 316 ter) relativo a las conductas ilegales de los funcionarios públicos con competencias en materia relativa a los derribos o alteraciones de edificios singularmente protegidos. Ésta tipificación específica se efectuaba a través de dos apartados; el primero referido a las conductas de informar ilegalmente las licencias y el segundo haciendo alusión a unas supuestas licencias (no expresadas como elemento típico en el tipo penal) concedidas contrariamente a derecho. Se justificaba esta enmienda de la siguiente forma:

“Se trata de aglutinar bajo un sólo Capítulo los delitos referidos a *lesiones* al Patrimonio Histórico dispersos por varios títulos del Libro II. La enumeración de objetos de protección que se realiza en estos preceptos es la que contiene la Ley de Patrimonio Histórico, en el ámbito administrativo; por ello es perfectamente adecuado tratarlos en sede penal bajo esa común denominación. Se inserta en este nuevo Capítulo alguna de las conductas previstas anteriormente en los artículos 315 y 316, por afectar a este bien jurídico, además de prever las que se suprimen en los artículos 265.1.4 y 268 relativas a los daños sobre este tipo de bienes“.

Es decir, la redacción del vigente art. 322 obedece a la escisión en la fase parlamentaria (Senado) de los artículos inicialmente concebidos como delitos urbanísticos, teniendo su antecedente en el originario artículo 306 (y su posterior enmienda 372 antes citada del Grupo Socialista al Proyecto de 1994 que estaba en discusión). Llama la atención que en esta enmienda del Grupo Socialista no se justificara suficientemente el por qué de la inclusión del art. 316 ter (que denomina prevaricación

específica y que en realidad se refiere a la cuestión urbanística). Asimismo si lo que se pretendía con este nuevo capítulo era aglutinar los delitos referidos a *lesiones* del Patrimonio Histórico resulta extraño que se incluya un tipo específico funcional no lesivo sino claramente de peligro -incluso abstracto- como se verá en su momento.

La introducción de este nuevo Capítulo I Bis (que luego sería el II del Título XVI), en la forma y contenido que se le dio, ha de considerarse un tanto defectuosa. En primer lugar, y pese a que lo pretendido por el legislador hubiera sido englobar todo lo referido al patrimonio cultural en un nuevo Capítulo, se puede observar que dentro del actual Cap. I sobre la ordenación del territorio sigue habiendo comportamientos dirigidos a proteger el patrimonio cultural, según acontece con el art. 319.1 CP, que alude a “suelos que tengan legal o administrativamente reconocido su valor histórico o cultural”. Esto refleja lo complicado que resulta deslindar -dentro de los Cap. I y II del Tit. XVI- lo que es la protección penal del patrimonio histórico de lo que es “ordenación del territorio”. Asimismo se evidencia un previsible solapamiento importante entre los artículos 320 y 322 CP que también lleva a la confusión. En efecto, el art. 322 CP viene -en buena medida- a reproducir para los delitos contra el patrimonio histórico el contenido dispensado por el art. 320 CP en relación con los delitos sobre la ordenación del territorio<sup>295</sup>: es más, puede haber comportamientos ilegales de funcionarios que, afectando al patrimonio cultural, sólo puedan ser perseguibles a través del art. 320 CP. Por último, tampoco puede obviarse la deficiente vinculación existente entre los tipos específicos funcionariales de los vigentes arts. 320 y 322 con sus respectivos tipos básicos relativos a la ordenación del territorio y el patrimonio histórico.

Para finalizar es preciso referirse a la elaboración del actual artículo 329 CP. En primer lugar hay que señalar que éste es el resultado de una serie de ampliaciones de las conductas contempladas en los mencionados textos prelegislativos. En segundo término se advierte que hay una esencial diferencia entre los dos textos prelegislativos PLOCP de 1.980 (art. 324) y PANCP de 1.983 (art. 311), por un lado, y los Proyectos de 1.992 y 1.994 y el vigente art. 329, por otro.

---

<sup>295</sup> ARIAS EIBE, *El Patrimonio Cultural. La nueva protección en los arts. 321 a 324 CP de 1995*, cit., p.168.

Mientras en el PLOCP y en la PANCP la pena prevista para los delitos funcionariales específicos es la del delito ambiental común más una pena de inhabilitación, en los Proyectos del '92 y '94 y el vigente art. 329 CP la pena es distinta a la de los delitos comunes (artículos 325 y 328 del NCP): se fija en primer lugar, por referencia, la del art. 404 CP (prevaricación común) y se añade otra una pena específica consistente en prisión de 6 meses a tres años o multa de 8 a 24 meses. Este aspecto ha de considerarse esencial a la hora de interpretar el art. 329 CP con otras modalidades delictivas ambientales<sup>296</sup>.

Es conveniente detenerse en la tramitación parlamentaria del artículo 311 del Proyecto de 1.994 que condujo al artículo 329 del vigente CP. La primera enmienda que se presentó al respecto fue el nº 78 del Grupo Parlamentario Vasco -por coherencia con la presentada respecto al art. 306 relativo al delito urbanístico cometido por el funcionario público, según vimos anteriormente- que también fue aceptada en el Dictamen de la Comisión y en el Pleno del Congreso: se incluyó la expresión “a favor” en relación con la votación de la licencia<sup>297</sup>.

Asimismo en el Informe de la Ponencia del Congreso de los Diputados se incorpora también como sujeto activo del delito del artículo 311 del Proyecto en discusión -junto al funcionario público o facultativo individual- al funcionario como “miembro del organismo otorgante de la licencia” (que hubiesen votado a favor de su concesión). A su vez, en la fase de Dictamen de la Comisión del Congreso, se sustituye la expresión “*Leyes o reglamentos que las regulen*” por la de “*Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulan*”<sup>298</sup>. Por su parte se mantuvo la conducta omisiva del “silenciamiento funcional de las infracciones ambientales derivadas de sus inspecciones”, insertada en todos los proyectos y anteproyectos de modificación del CP aludidos anteriormente.

Es ya en el Senado, a través del Dictamen de la Comisión de la Cámara Alta y una vez presentadas las enmiendas por el Grupo Parlamentario Socialista, donde se verifica una nueva estructuración típica de este delito funcional específico, que se refleja principalmente en tres aspectos: 1) se excluye como sujeto activo a los facultativos, incluyéndose a las autoridades; 2) se divide el tipo delictivo en dos fases, la

---

<sup>296</sup> CANCIO MELIÁ, *La responsabilidad del funcionario por delitos contra el medio ambiente en el CP español*. ADPCP, t. LII, 1999, pp. 142 y ss.

<sup>297</sup> Ley Orgánica del CP, Trabajos Parlamentarios, t. I, Cortes Generales, Madrid 1996, pp. 132 y 479.

<sup>298</sup> Ley Orgánica del CP, Trabajos Parlamentarios, t. III, Cortes Generales, Madrid 1996, p. 3377.

de la concesión de la licencia y la previa o de informe; y 3) se tipifica, como se ha dicho antes, la conducta de la concesión de la licencia -a sabiendas de su injusticia- bien se haga por sí mismo, por parte del funcionario o autoridad, o como miembro de un organismo colegiado (resolviendo o votando a favor). Es decir, esta última conducta (la del apartado dos de cada uno de los artículos analizados) es idéntica para cada uno de los tres tipos delictivos objeto de estudio, aunque dentro de un contexto diferente, como son los distintos ámbitos a los que se refieren cada uno de los Capítulos donde se ubican, motivo por el cual se ha producido significativos problemas interpretativos.

#### **E. Valoración del proceso de elaboración legislativa de los arts. 320, 322 y 329 CP.**

Del análisis de todos estos textos prelegislativos, desarrollados durante más de una década, tendentes a fijar en el CP una responsabilidad penal funcional específica en materias *ambientales*, se deduce una clara conclusión y es que el texto finalmente aprobado no fue ni mucho menos el más acertado, a pesar de que el legislador penal haya pretendido incluir como típicos todos los comportamientos funcionariales que ha entendido reprobables por tener incidencia negativa en la ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente.

En efecto, entre los muchos aspectos que se detallarán hay que indicar que la fijación de las “autoridades y funcionarios públicos” como sujeto activo no resulta satisfactoria ya que el término es redundante, al tener que considerar a las autoridades como funcionarios públicos durante el tiempo que ocupasen el cargo. Más acertada parece la fórmula del PANCP de 1983 ó PLOCP 1992 que hacía alusión a los funcionarios o facultativos. De ésta forma bajo el primer término estarían insertos las autoridades mientras que bajo el segundo se recogerían a todas esas personas que sin ostentar esa categoría pública, tienen la importante misión de informar en temas ambientales o recae sobre ellos una misión de control o inspección a pesar de estar adscritos a empresas de carácter privado.

Asimismo es significativo cómo se refleja el aspecto subjetivo en estos tipos penales. Mientras que en el art. 329.1 CP se plasma a través del término *a sabiendas* en los arts. 320, 322 y 329.2 CP se constata aparentemente un dolo reforzado a través de la expresión *a sabiendas de su injusticia*. Parece que también aquí la fórmula utilizada en el PLOCP de 1980 a través del adverbio *dolosamente* era más conveniente.

También llama mucho la atención en los preceptos estudiados la intensidad con la que ha de producirse la ilegalidad o contravención de la norma. Mientras que en el art. 329 CP se refleja a través del adverbio “manifiestamente” (término ya utilizado en el PLOCP de 1980 en relación al entonces 324 del Proyecto) en los arts. 320 y 322 CP se puede deducir que ha de ser “simple” la contravención legal. Esta diversidad no llega a entenderse adecuadamente.

Otro de los aspectos más trascendentes, por lo que no se llega a comprender la redacción definitiva de estos tres preceptos, es el relativo a conductas omisivas de los funcionarios públicos en estas materias ambientales. Mientras que en el art. 329.1 CP aparece como conducta típica “el silenciamiento funcional de infracción de normativa ambiental con motivo de las inspecciones”, en los arts. 320 y 322 CP quedaron excluidos como típicos esos comportamientos de funcionarios, lo cual parece corregirse en el actual Anteproyecto del Ministerio de Justicia de 14 de noviembre de 2008 de modificación de la Ley Orgánica del CP, aunque sólo respecto a la materia urbanística, dejando en el olvido las omisiones en lo referido al patrimonio histórico. Y desde luego, en las tres materias citadas, son igualmente posibles los *silenciamientos* de los funcionarios que puedan acarrear puestas en peligro de los bienes respecto a los cuales tienen obligación de velar.

También han aparecido errores incomprensibles en la redacción de alguno de los preceptos analizados como acontece por ejemplo en el art. 322 CP donde no se hace ninguna alusión a las licencias, por lo que su apartado segundo queda literalmente vacío de contenido, cuestión ésta que sigue sin subsanarse ni siquiera en el reciente Anteproyecto mencionado. Esto posiblemente se debiera a la improvisación y ligereza con la que se hizo el Cap. II del Tit. XVI (Libro II) CP, aunque no tiene justificación alguna el que no se haya corregido tal defecto.

En esta breve síntesis del camino parlamentario recorrido por cada uno de los tres preceptos analizados, ya podemos hacernos una idea, por tanto, de la enorme



problemática que los mismos suscitan: el sujeto activo, la exclusión típica de los sujetos facultativos, la sistemática finalmente usada por el legislador penal, la anticipación penal respecto a la protección pretendida, la punición de la conductas, la votación a favor etc. etc. son cuestiones que ya se dejan entrever y que serán motivo del profundo estudio que sigue a continuación.

## II. La configuración de los tipos penales.

Como es habitual en la protección de los bienes penalmente protegidos que se catalogan como “colectivos” -y este es el caso de los referidos a la ordenación del territorio, del patrimonio histórico y del medio ambiente-, el legislador no puede esperar a la producción de la lesión efectiva de los mismos, de tal forma que anticipa la tutela penal mediante la criminalización de conductas que se encuentran en fases muy tempranas en relación con la lesividad<sup>299</sup>. Nos hallamos ante la configuración del riesgo de procedencia humana como fenómeno social estructural; las amenazas a que los ciudadanos estamos expuestos provienen precisamente de decisiones que otros conciudadanos adoptan<sup>300</sup>.

En estos casos es habitual, e incluso necesario, acudir a los llamados delitos de peligro, así como hacer una remisión a la normativa administrativa en la configuración de tales tipos. En esta línea se puede comprobar que las figuras de *informar favorablemente* y de *conceder las licencias ilegales* (*per se* o mediante votación) que aparecen en cada uno de los tres preceptos que se estudian, son delitos de consumación anticipada<sup>301</sup>, porque suponen un adelantamiento de la línea de punibilidad con el fin de conseguir una mayor eficacia de la protección de los bienes jurídicos.

---

<sup>299</sup> MENDOZA BUERGO, *El delito ecológico y sus técnicas de tipificación*, APen, nº. 13, de 25 al 31 marzo de 2002, p. 3.

<sup>300</sup> En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*. 2ª. ed., p. 27.

<sup>301</sup> Al respecto, véase RODRÍGUEZ MOURULLO, *DP PG*, 1ª. ed., p. 280.

En este sentido y para proceder al análisis de los artículos 320, 322 y 329 CP es esencial acudir a lo que TIEDEMANN<sup>302</sup> denomina “teorías generales de la parte especial”, o lo que es lo mismo, a la observación de unas determinadas reglas y criterios que van más allá de lo positivado y que permiten la adecuada aplicación de las normas de la parte especial. Estas reglas o teorías son, por ejemplo, la clasificación de los delitos en delito de peligro o de resultado, a la especificación de las leyes penales en blanco, al establecimiento de unas reglas de causalidad y a la clasificación de los delitos en delitos de dominio del hecho y delitos de infracción del deber.

Estas *metareglas* de la parte general ayudan a la aplicación de los distintos tipos de la PE, como son los delitos estudiados en la presente investigación.

#### **A. Excurso: los delitos de peligro y las leyes penales en blanco.**

En los próximos apartados de este trabajo habrá que referirse a dos cuestiones que, siendo bien diferentes, ambas son esenciales para intentar aclarar la aplicación efectiva de estos tres tipos penales funcionariales. En efecto, analizar en primer lugar si los delitos objeto de la tesis son de peligro o de resultado y, en su caso, ante qué tipo de delito de peligro nos hallaríamos, debe ser un punto de partida que no se puede obviar pese a su complejidad. Por eso mismo hemos de partir de la idea que tiene el Derecho penal de los delitos de peligro.

De la misma manera, observando la clara remisión normativa existente en los arts. 320, 322 y 329 CP, es conveniente realizar algunas puntualizaciones sobre esa accesoriedad, para, posteriormente, poder analizar si las mismas se acoplan a los principios de concreción y determinación exigibles en la ciencia jurídico-penal.

---

<sup>302</sup> Cit. por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delitos de funcionarios, aproximación a su parte general*, Revista Canaria de Ciencias Penales nº. 3, julio 1999, pp. 10 y 11.

## 1. El concepto de delitos de peligro en el Derecho penal.

En atención a la forma de ataque al bien jurídico protegido -fundamento material de la antijuridicidad- el Derecho penal viene distinguiendo entre delitos de peligro y delitos de lesión. Frente a éstos últimos -que requieren para su consumación la efectiva lesión o el menoscabo del bien jurídico-, en los delitos de peligro, el legislador exige tan sólo el peligro<sup>303</sup> del mismo, es decir, la probabilidad o amenaza de su destrucción o menoscabo. Se está, por tanto, ante un adelantamiento de las barreras de protección del Derecho penal, para tratar de evitar la destrucción de los bienes jurídicos esenciales para la sociedad a través de una actuación preventiva en un estadio anterior al de la actuación lesiva: el de la acción peligrosa. En los delitos de peligro el legislador considera que ciertas conductas son intolerables en su sola peligrosidad y crea tipos específicos para castigarlos<sup>304</sup>.

Esencialmente estos delitos de peligro han sido doctrinalmente divididos en tres categorías. Por un lado, estarían los de peligro concreto, en los que el tipo penal no se conforma con el acometimiento de una acción peligrosa, sino que exige para su consumación la *efectiva y real puesta en peligro* del bien jurídico protegido, que ligado causalmente a esa acción se produzca un resultado de peligro, imputable objetivamente a la propia acción peligrosa. Se trataría, por tanto, de delitos de resultado. El peligro es un elemento del tipo objetivo. Si la concreción del peligro no se produce, no se dará el delito consumado<sup>305</sup>. Por otro lado, los delitos de peligro abstracto puro son delitos de mera actividad, en los que el tipo penal sólo exige la realización de la acción típica peligrosa. En estos delitos el “peligro” no es elemento del tipo objetivo, sino sólo el motivo o razón que llega al legislador a tipificar ciertas con-

---

<sup>303</sup> Como afirma RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en *Delitos de peligro*, EPB, 2002, pp. 495-496, la precisión del concepto de *peligro* plantea enormes problemas, pues se trata de un momento dentro de un suceso en curso en cuyo desenlace final será la lesión del bien jurídico o la salida del mismo del ámbito del peligro. La concepción más extendida es que el peligro *es la posibilidad, más o menos cercana, de la lesión de un bien jurídico*. El elemento esencial para decidir si en caso concreto hay o no peligro, es que el bien jurídico se encuentre en una situación en la que su lesión no pueda ser evitada con seguridad a través de los medios normales, en que su existencia quede a merced de un curso causal que el sujeto ya no puede controlar. Por tanto, los conceptos claves del peligro son: 1. El no dominio de la situación por el autor, y 2. La “casualidad” como factor decisivo. Habiendo perturbado con la actuación la existencia segura del bien jurídico, se deja la integridad del mismo en manos del azar.

<sup>304</sup> Vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *ob. ult. cit.*, p. 493.

<sup>305</sup> vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *ob. ult. cit.*, p. 494.

ductas por su peligrosidad abstracta o general, demostrada por la ley de la experiencia. Aquí suele decirse que el legislador realiza una presunción de peligrosidad, eximiendo al juez de su constatación en el caso concreto. El criterio diferenciador clave es, pues, la perspectiva *ex ante* (peligrosidad de la acción) o *ex post* (resultado de peligro) adoptada para evaluar el citado peligro<sup>306</sup>. Finalmente, y en tercer lugar, puede hablarse de los delitos de peligro hipotético o de idoneidad. Éstos delitos, que son igualmente de peligro abstracto, no reclaman la producción de un peligro efectivo-real, pero sí *una acción apta* para producir un peligro del bien jurídico, como elemento material integrante del tipo. Estos delitos de peligro hipotético tienen tres dimensiones<sup>307</sup>:

- a) Una dimensión descriptiva de la acción típica relevante para el Derecho penal.
- b) Una dimensión de aptitud, es decir, que la acción ha de ser adecuada para producir un peligro del objeto de protección (que no llegue a producirlo efectivamente), cosa que no acontece en los delitos de peligro abstracto puro. Se reclama en esta dimensión una acción que sí pueda originar un estado caracterizable como *probabilidad de un daño o lesión*; es decir, que posea aquellas propiedades materiales que, en virtud de un juicio de pronóstico, permita estimar la acción como *factor conformador* del peligro concreto (real).
- c) Otra dimensión normativo-valorativa, según la cual la tipicidad en este tipo de delitos de peligro hipotético consistiría en que la acción descrita en el tipo, apta desde la perspectiva *ex ante* para producir un peligro, se halla en contradicción, o desvalorada, por la norma base del tipo penal. Como puede verse, lo vital y decisivo es la valoración de la conducta del sujeto, como contraria al fin de la norma jurídica, no requiriéndose, por tanto, un juicio *ex post*.

Por tanto, en estos delitos de peligro hipotético se requiere, aparte de una acción que, por sus propiedades materiales, sea susceptible de ser considerada peligrosa para el bien jurídico, según un juicio de pronóstico, que el juzgador verifique también si *en la situación concreta*, objeto de enjuiciamiento, ha sido posible un contacto entre la acción y el bien jurídico, por el cual *hubiera podido* producirse un peligro efectivo para tal bien.

---

<sup>306</sup> vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *ob. ult. cit.*, p. 494.

<sup>307</sup> Vid. TORIO LÓPEZ, *Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferenciado de los delitos de peligro abstracto)*, ADPCP, t. XXXV, 1981, pp. 843-847.

## 2. Sobre las leyes penales en blanco.

La segunda de las características preponderantes de estos delitos investigados - en cuanto a su configuración- es el uso que el legislador penal ha hecho de las leyes penales en blanco. Éstas pueden ser consideradas como aquellas en las que su supuesto de hecho, o al menos parte de su supuesto de hecho o presupuesto, viene regulado por otra norma extrapenal a la que se remiten<sup>308</sup>. Es decir, son leyes que recogen la amenaza penal, remitiéndose, en cuanto al contenido de la prohibición, a otras leyes, reglamentos u otras disposiciones que, de modo independiente, tienen distinta procedencia de órgano y tiempo<sup>309</sup>. La introducción de estas leyes puede estar aconsejada cuando la materia de prohibición es objeto de una regulación - fácilmente variable- por parte, muchas veces, de autoridades de categoría inferior al Poder legislativo. En estos casos, si el precepto se contuviera en la propia ley que señala la sanción penal, podría producirse una rápida petrificación de la Ley penal, que obligaría, a su vez, a continuas modificaciones de la misma, lo que no resulta recomendable<sup>310</sup>.

En este sentido parece lógico el uso de estas normas penales en blanco, pues el Derecho penal ha ido creciendo poco a poco hasta alcanzar un *volumen* tan inabarcable que ello repercute negativamente en la prevención general de esta rama del derecho<sup>311</sup>. Por tanto, estas normas penales en blanco son admisibles, siempre que satisfagan el mandato de certeza exigible por la ciencia jurídico-penal<sup>312</sup>.

Esto es precisamente lo que acontece en las materias relativas a la ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente, en donde es continua la proliferación de una abundante normativa, tanto del Estado, como de las Comunidades Autónomas o Entidades locales municipales, a los efectos de controlar y delimitar las actividades que pueden contaminar tales intereses o valores. Es por esto que la accesoriedad administrativa existente está plenamente justificada, respecto a los arts.

---

<sup>308</sup> Vid. LUZÓN PEÑA, *Curso de DP, PG I*, 1996, p. 147.

<sup>309</sup> Vid. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de DP PG*, 5ª. ed., p. 118.

<sup>310</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, *DP PG*, 1ª. ed., p. 89.

<sup>311</sup> Vid. JESCHECK, *Tratado de DP PG*, 4ª. ed., p. 88.

<sup>312</sup> Vid. MIR PUIG, *DP PE*, 8ª. ed. 2008, pp. 149; SSTC 62/1994, 120/1998, 137/1997; cfr. con pp. 188 y ss. de este trabajo.

320, 322 y 329 CP, independientemente del acierto o no del legislador en cuanto a su plasmación.

**B. Técnica legislativa empleada en los arts. 320, 322 y 329 del Código penal en cuanto al riesgo de la conducta: diversas posiciones doctrinales sobre la naturaleza de los delitos previstos en estos preceptos.**

En estos preceptos analizados nos hallamos -en principio- ante la anticipación de las barreras de protección penal, donde no es preciso que el riesgo para el ambiente, el territorio o el patrimonio histórico se haya materializado en su lesión a través de conductas contaminadoras realizadas por el sujeto activo<sup>313</sup>. Sin embargo, dada la técnica legislativa empleada -más que dudosa pues no se sigue un esquema ordenado y global, a la vez que falta una sistemática racional<sup>314</sup>- conviene determinar dónde se ha puesto el límite de esta anticipación.

Es preciso destacar que de esa determinación dependerá, en buena medida, la correcta interpretación de estos tipos penales, puesto que no podrá ser lo mismo entender a estos preceptos objeto de la tesis como de peligro concreto o de peligro abstracto (bien sea *puro* o hipotético) o estimarlos de “resultado”. Como afirma TERRADILLOS BASOCO<sup>315</sup> el acudir a una formula u otra puede determinar el logro del objetivo proclamado o traicionarlo.

La aplicabilidad por parte de los tribunales de esta cuestión relativa a los delitos de peligro es esencial y supone su punto de partida, ya que dependerá lo que deba probarse o, por el contrario, lo que se presuma probado y, por tanto, deba invertirse, en buena medida, la carga de la prueba.

---

<sup>313</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Los delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 158.

<sup>314</sup> ARIAS EIBE, *El Patrimonio Cultural. La nueva protección en los arts. 321 a 324 CP de 1995*, cit., p. 108.

<sup>315</sup> TERRADILLOS BASOCO, *Constitución y Ley penal: la imposible convergencia*, RFDUCM, monográfico 11, 1986, p. 657.

Dentro de nuestra doctrina conviene señalar cuatro posturas diferentes relativas a la naturaleza de los artículos 320, 322 y 329 CP, que reflejan de manera clara la enorme problemática existente al respecto.

### **1. Los artículos 320, 322 y 329 CP como delitos de peligro hipotético y de peligro abstracto puros. (GÓMEZ TOMILLO).**

GÓMEZ TOMILLO<sup>316</sup> entiende que el delito contemplado en el artículo 320.1 CP es un delito de peligro, y por tanto no lesivo, al tener en cuenta la inexistencia de trascendencia externa en el momento en que se emite el informe por el funcionario público<sup>317</sup>. Partiendo del carácter de delito pluriofensivo, considera que respecto al bien jurídico “el correcto funcionamiento de la función pública” el art. 320 CP se configura como delito de peligro hipotético, mientras que en lo que se refiere al bien jurídico de la “ordenación del territorio” se estaría ante un delito de peligro abstracto puro.

Excluido por este autor la posibilidad de estar ante un delito de peligro concreto, ya que no se detecta la presencia de un peligro efectivo y real en los tipos penales que se analizan, cuya verificación se convierte en un imperativo para el juez, es conveniente desarrollar su argumentación.

GÓMEZ TOMILLO considera que respecto al primer bien jurídico aludido, “el correcto funcionamiento de la Administración pública o de la función pública”, se está ante un delito de peligro hipotético<sup>318</sup> puesto que el peligro no es el motivo único del legislador para tipificar esas conductas: no se trata tan sólo de que se pueda demostrar estadísticamente que tales acciones normalmente deriven en una actuación administrativa no ajustada a lo preceptuado normativamente. La emisión de un informe

---

<sup>316</sup> GÓMEZ TOMILLO, *Urbanismo, función pública y Derecho penal*, cit., p. 59.

<sup>317</sup> Como afirma RODRÍGUEZ MOURULLO, en *DP PG*, 1ª. ed. p. 271, el resultado pertenece como modificación del mundo exterior que es a la *realidad naturalística*.

<sup>318</sup> GÓMEZ TOMILLO, *ob. ult. cit.* p. 60.

injusto por parte del funcionario público obligado a hacerlo ha de estimarse como una acción apta *per se* para poner en peligro el interés jurídicamente protegido, ya que es el factor determinante para desencadenar el posterior acto administrativo lesivo contra la ordenación del territorio. No se requiere que en el caso concreto haya llegado a poner en peligro efectivamente el bien jurídico, pero sí que la acción sea apropiada o adecuada para originar una lesión al correcto funcionamiento de la Administración pública.

A este respecto la acción será típica si se supone que es idóneamente peligrosa para desencadenar el proceso que determine la afectación del bien jurídico, *aunque nunca se llegase a plantear la posibilidad de otorgar la licencia pertinente*. Sin embargo, será atípica si la conducta de informar (injustamente) no posee la aptitud necesaria para afectar al bien jurídico (por tratarse de un funcionario no competente, o por tratarse de un informe que no debería de incorporarse al expediente etc.)<sup>319</sup>. Por tanto, se requiere un juicio de valor. Este juicio hay que hacerlo de manera individualizada<sup>320</sup>.

En cuanto al bien jurídico de “la ordenación del territorio”, GÓMEZ TOMILLO entiende que se está en presencia de un delito de peligro abstracto puro (no hipotético)<sup>321</sup>, puesto que el tipo se conforma con la mera infracción de normas urbanísticas. En este aspecto el tipo penal exige tan sólo que se vulnere determinada clase de norma sin ir más allá. Se ha antepuesto -afirma- el interés de la Administración en la correcta ordenación del territorio sin tenerse en cuenta las acciones en sí mismas peligrosas para este bien jurídico. El peligro constituye solamente parte de las consi-

---

<sup>319</sup> GÓMEZ TOMILLO, *ob. ult. cit.*, p. 63.

<sup>320</sup> Al respecto GÓMEZ TOMILLO sigue afirmado, en *ob. ult. cit.*, p. 65, que “no todo desajuste entre el informe adoptado y lo que establece el ordenamiento jurídico-urbanístico/ambiental da lugar a la intervención del Derecho penal. Se precisa una infracción de entidad suficiente como para que se pudiera entender en contraste con la norma base del tipo, sin que *a priori* sea posible concretar el grado necesario de peligrosidad para el bien jurídico; esto solo se puede concretar contactando con el hecho de referencia.

<sup>321</sup> Vid. GÓMEZ TOMILLO, *ob. ult. cit.*, p. 69; vid. también GÓRRIZ ROYO que mantiene, en *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., pp. 264-269, una posición próxima a la de Gómez Tomillo. En efecto, respecto al bien jurídico de la ordenación del territorio, entiende que en el art. 320.1 CP se castiga la mera actividad de informar sobre los proyectos de edificación o la concesión de licencias. En esta modalidad típica no se requiere comprobar un nexo causal, sino que basta realizar la acción típica de informar para verificar el tipo de injusto del art. 320.1 CP en su forma consumada. Por lo tanto, nos hallaríamos ante un delito de peligro abstracto puro. Por su parte, en cuanto al bien jurídico del “correcto funcionamiento de la Administración pública”, según GÓRRIZ ROYO, nos hallamos ante una delito de peligro hipotético: habrá que probar la aptitud potencial de la conducta de informar favorablemente, para lesionar el correcto ejercicio de la función pública y, al propio tiempo, verificar el peligro abstracto que supone para la ordenación del territorio el informe a favor de una licencia que puede dotar de aparente legalidad a las conductas materialmente lesivas contra aquel bien jurídico colectivo.



deraciones racionales que han conducido al establecimiento de la norma (penal). Este autor rechaza esta técnica legislativa de los delitos de peligro abstracto puro, pues piensa que sería necesario exigir la presencia de un desvalor al menos potencial de resultado: la peligrosidad -al menos potencial- de la conducta no debe estar ausente por completo de la estructura del comportamiento típico<sup>322</sup>.

Estas apreciaciones de GÓMEZ TOMILLO las considera extrapolables respecto del apartado segundo<sup>323</sup> de los arts. 320, 322 y 329 CP dada la evidente conexión entre los dos apartados en los que se estructuran cada uno de esos preceptos.

## **2. Los artículos 320, 322 y 329 CP como delitos exclusivamente de peligro hipotético (SIERRA LÓPEZ).**

Según SIERRA LÓPEZ<sup>324</sup> los tipos sometidos a análisis no exigen ni la producción de un daño efectivo a terceros, ni un peligro concreto en relación con los bienes jurídicos en ellos protegidos (ordenación del suelo, patrimonio histórico y ambiente); en realidad estamos ante un peligro abstracto respecto a los mismos, existiendo, eso sí, una lesión respecto al bien denominado “correcto funcionamiento de la Administración pública”. En efecto, desde la protección de este último interés, la función que cumplen estos tipos funcionariales específicos va más allá de la asignada a la prevaricación genérica, y no es otra que la de cubrir un estadio anterior al sancionado por el art. 404 CP<sup>325</sup> (la emisión de informes o el voto a favor tendentes a con-

---

<sup>322</sup> GÓMEZ TOMILLO, *ob. ult. cit.*, p. 71.

<sup>323</sup> GÓMEZ TOMILLO, *ob. ult. cit.*, p. 75.

<sup>324</sup> SIERRA LÓPEZ, *La prevaricación específica del funcionario público en el marco de los delitos recogidos en el título XVI: su relación con la prevaricación específica del arts. 404 CP*, APen, nº. 36, de 8 de octubre de 2000, p. 775.

<sup>325</sup> SIERRA LÓPEZ entiende, en *ob. ult. cit.*, p. 775, que respecto a los arts. 320, 322 y 329 CP no estamos antes bienes jurídicos intermedios, por lo que la relación de bienes no es de antecedente y posterior. Sí presenta, sin embargo, un efecto similar al producido en los bienes jurídicos intermedios en lo que se refiere a la intensidad del ataque (lesión-peligro). De este modo, aunque en relación a la función pública estemos ante un delito de lesión, respecto a los tres niveles de protección de los arts. 320, 322 y 329 CP, nos hallamos antes un peligro abstracto y, por tanto, sólo se requiere la probabilidad de que se produzca la lesión al bien, aunque materialmente no haya existido un riesgo efectivo. La relación entre la lesión y el peligro, a diferencia de lo que acontece en la protección de bienes jurídicos intermedios, no es de progre-

ceder licencias ilegales que son pasos previos a la resolución injusta del art. 404 CP).

En opinión de esta autora, visto como aparecen redactados los tipos recogidos en los art. 320, 322 y 329 CP, el legislador ha querido simplemente que la ofensa -al mismo tiempo que lesiona al correcto funcionamiento de la Administración pública-, ponga en peligro la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y el ambiente<sup>326</sup>. Es decir, únicamente exige la realización de la conducta típica, no pretendiéndose la producción de un resultado lesivo ni un resultado de peligro concreto para estos tres bienes: lo que se presume es la peligrosidad de la acción y no la efectiva producción de un resultado lesivo o peligroso. No se precisa, por tanto, la verificación judicial de la peligrosidad de la acción, siendo necesario simplemente con demostrar, por ejemplo, que el informe fuese favorable para la concesión de una licencia “manifiestamente ilegal”.

Pero también SIERRA LÓPEZ<sup>327</sup> afirma: “en los citados preceptos se debe exigir una aptitud lesiva en la conducta peligrosa, ya que en los delitos de peligro hipotético existen menos dificultades para fundamentar su injusto que las existentes en los delitos de peligro abstracto puros“. Por tanto, en los tipos específicos es necesario apreciar una suficiente peligrosidad en la acción típica: el tipo de los arts. 320, 322 y 329 CP requiere una idoneidad lesiva de la acción peligrosa en concreto. En estos delitos, el tipo cumple ya una verdadera función selectiva de los comportamientos punibles, al incluirse en él la necesidad de que la acción sea positivamente peligrosa.

De este modo, se entiende que entre el delito de peligro abstracto puro y el de peligro concreto se halla una categoría intermedia en donde no hay que comprobar el peligro concreto, pero sí la idoneidad de la acción realizada por el sujeto. Esta “idoneidad” viene puesta de relieve como una característica del tipo objetivo y no como un elemento del tipo subjetivo del injusto. Así, con esta exigencia se les dota de contenido material al desvalor del resultado en estos comportamientos.

Es decir, la referida autora, lo que consideraba como delitos de peligro abstracto puros (arts. 320, 322 y 329 CP) los transforma en delitos de idoneidad o de peligro

---

sión, pues en las prevaricaciones específicas no se establece una vinculación entre un bien supraindividual y un bien personal, de forma que lesionado el bien colectivo se ponga en peligro en bien individual; vid. también MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, cit., pp. 58 y ss.

<sup>326</sup> SIERRA LÓPEZ, *ob. ult. cit.*, p. 775.

<sup>327</sup> SIERRA LÓPEZ, *ob. ult. cit.*, p. 776.

hipotético para cubrir en cierta medida el principio de ofensividad, pero olvidando la auténtica redacción realizada por el legislador respecto a estos tipos.

### **3. Los artículos 320, 322 y 329 CP como delitos obstáculo “sui generis”. (CUESTA PASTOR).**

La denominación de “delito obstáculo (u obstativo)” proviene del autor italiano MANTOVANI<sup>328</sup>, representando un estadio previo a los propios delitos de peligro abstracto. Este tipo de delito podría definirse como aquél que castiga la llamada “premisa idónea”, es decir, actos que son necesariamente idóneos (o adecuados) para la comisión de un hecho delictivo posterior, que es en última instancia lo que se trata de evitar<sup>329</sup>. Esta técnica de criminalización anticipada, para el autor italiano, sólo puede ser puesta en práctica en relación a bienes constitucionales primarios<sup>330</sup>. Su justificación viene dada por la importancia del bien remotamente afectado a través de la lesión de otro bien necesariamente conectado con aquel. Es decir, el delito obstáculo es una premisa idónea para la futura puesta en peligro del bien jurídico; representa una expresión más de la tipificación del peligro, dándose con esta figura un paso más allá en la anticipación de la barrera defensiva del Derecho penal<sup>331</sup>.

CUESTA PASTOR caracteriza los delitos obstáculos bajo las siguientes premisas:

1. Se encuentra el bien jurídico protegido muy lejos del radio de la conducta típica, entrando en juego un valor que sólo interesa colateralmente. Tanta es la lejanía,

---

<sup>328</sup> MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Generale*. Ed. Cedam. Padova. 5ª. ed. 2007, p. 216.

<sup>329</sup> Vid. MANTOVANI, *ob. ult. cit.*, p. 216; BELTRANI, *Corso di Dieritto penale. Parte generale e parte speciale*, 3ª. ed. 2008, p. 128; y CUESTA PASTOR, *Delitos obstáculos: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, 2002, cit., p. 40.

<sup>330</sup> En similar sentido, CUESTA PASTOR también reconoce, en *ob. ult. cit.*, pp. 108, 110, 116 y 117, que esta técnica de tipificación sólo cabe para la protección de los intereses “*esenciales*” para la sociedad, es decir, para tutelar intereses de primera magnitud (respecto a los bienes integrados pero no respecto a los integrables en la Constitución). Sólo en este caso merecerá la tutela jurídico-penal, de modo que ofrecerles tal protección contribuye a fomentar la concepción democrática y plural de nuestro sistema, ya que dichos valores fomentan los cauces necesarios para la participación ciudadana.

<sup>331</sup> CUESTA PASTOR, *ob. ult. cit.*, pp. 79 y 82.

que las conductas castigadas “solo remotamente amenazan los bienes jurídicamente protegidos”<sup>332</sup>. Se trata incluso de técnicas de tipificación sin ofensa<sup>333</sup>.

2. Se produce la absorción por el Derecho penal de las pruebas utilizadas en la instrucción de estos delitos. De este modo puede resultar obvio que la defraudación del interés del Estado en la realización de un “*test*”, o mecanismo objetivo de indagación de ciertos datos relacionados con las conductas criminales en las que cabe esa posibilidad, se puede canalizar hacia el tipo de desobediencia<sup>334</sup>. Ejemplo claro de ello sería el vigente art. 383 CP español<sup>335</sup>, relativo a la negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia.
3. Se emplean técnicas de criminalización en las que ni siquiera se da el peligro para los bienes jurídicos. Con estos *delitos obstáculo* se castigan conductas que pueden servir para que en un futuro nazca un riesgo para esos intereses<sup>336</sup>.
4. Es una técnica legislativa, como se dijo antes, que representa un estadio previo a los propios delitos de peligro abstracto<sup>337</sup>. En estos delitos se castiga la llamada “premisa idónea”, es decir, actos que son necesariamente idóneos para la comisión de un hecho delictivo posterior<sup>338</sup>. Más que castigarse comportamientos que lesionan un interés, *tienden a prevenir la realización de acciones peligrosas* mediante la punición de actos que son la “premisa idónea para la comisión de otros delitos”. En estos delitos nos movemos en el ámbito del “peligro del peligro” o la “probabilidad de la probabilidad”<sup>339</sup>.

---

<sup>332</sup> CUESTA PASTOR, *ob. ult. cit.*, p. 24.

<sup>333</sup> CUESTA PASTOR, *ob. ult. cit.*, p. 109.

<sup>334</sup> CUESTA PASTOR, *ob. ult. cit.*, p. 24.

<sup>335</sup> Según el art. 383 CP “el conductor que, requerido por el agente de la Autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de los hechos descritos en el hecho anterior, será castigado como autor de un delito de desobediencia grave, previsto en el artículo 556 de este Código”.

<sup>336</sup> CUESTA PASTOR, *ob. ult. cit.*, p. 37.

<sup>337</sup> Sin embargo, a su vez, CUESTA PASTOR también afirma, en *ob. ult. cit.*, p. 43, que el delito obstáculo se encuentra próximo a las figuras típicas que basan su injusto en una idoneidad de la acción para producir el resultado aunque sea en un juicio *ex ante*.

<sup>338</sup> CUESTA PASTOR, *ob. ult. cit.*, pp. 39 y 40.

<sup>339</sup> CUESTA PASTOR, en *ob. ult. cit.*, p. 44, es consciente de los problemas que pueden acarrear este tipo de delitos. Así, afirma que la utilización por el legislador del delito obstáculo equivale a la criminalización de los “actos preparatorios” para cometer ciertos delitos. Este dato es determinante en orden a ubicar tal técnica en un estadio de tutela penal previo incluso al de las figuras de peligro abstracto, lo cual, como cabe imaginar, no está exento de problemas respecto a su legitimación. También afirma CUESTA PASTOR, en *ob. ult. cit.*, pág. 87, que tanto en los delitos de peligro abstracto (en los que se castiga es la peligrosidad general de una acción) como en los delitos obstáculo (en los que se castiga una conducta exclusivamente porque sirve como premisa idónea para que se produzca otra que es la que se trata de evitar) se está al borde de los límites del principio de ofensividad y de “*extrema ratio*”.

5. Para que se aprecie el delito obstáculo es necesario que exista *una lesión a un bien jurídico*, aunque éste sea de naturaleza formal. Así, por ej., a través de estas figuras pueden ser atacados el principio de autoridad en el delito del artículo 383 del CP o el principio de legalidad en los artículos 320, 322 y 329 CP<sup>340</sup>.

Para CUESTA PASTOR es esencial considerar que los delitos obstáculo puros<sup>341</sup> hay que restringirlos a la tutela de aquellos bienes jurídicos colectivos con referente individual. Por esto, no es conveniente que el legislador penal utilice la técnica de los delitos obstáculo para proteger los bienes de nueva generación como el ambiente o la ordenación del territorio, dado que estos bienes se hallan desligados de los individuales.

Partiendo de lo manifestado, CUESTA PASTOR entiende que existen algunas figuras delictivas que si bien formalmente no cumplen con la estructura del delito obstáculo indicada, sí que responden a su espíritu. Son tipos en los que entra en juego el interés del Estado en controlar ciertas conductas que pueden afectar a bienes jurídicos como el medio ambiente, la función pública o el tráfico jurídico. Como sabemos -afirma<sup>342</sup>- éstos son bienes difusos, es decir, intereses que no están referidos directamente a ningún derecho subjetivo. Recuérdese que una de las características del “delito obstáculo puro” es que existe un bien jurídico colectivo cuyo daño trata de prevenirse. Este interés (el bien jurídico colectivo) entra en juego de modo indirecto, de forma que en realidad no resulta afectado, puesto que si se diera el mero peligro para un valor que participa de esta naturaleza, “de hecho” ya se estarían lesionando “las condiciones mínimas necesarias para el pacífico disfrute del bien”<sup>343</sup>.

Por el contrario, en los delitos obstáculo que CUESTA PASTOR cataloga como “atípicos” no suele entrar en juego un bien jurídico supraindividual, o si lo hace sólo

---

Al respecto, CANCIO MELIÁ considera, en *La responsabilidad del funcionario por delitos contra el Medio ambiente en el CP de 1995*, ADPCP, t. LII, 1999, p. 166, que respecto al artículo 329 CP se están penando supuestos -especialmente las conductas 1ª. y 2ª.- de *anticipación de la anticipación*, en los que la conexión con el bien jurídico es tan tenue que se trata de delitos que no cabe calificar de otro modo que como puramente formales. Es decir, de delitos de peligro -que puede ser muy remoto- de la realización de un delito de peligro (el común contra el medio ambiente).

<sup>340</sup> CUESTA PASTOR, *ob. ult. cit.*, p. 49.

<sup>341</sup> Según CUESTA PASTOR podrían considerarse como tales: la negativa a someterse al test de alcoholemia (art. 383 CP), la conducta de tráfico de precursores (art. 371 CP), la conducta que facilita la supresión de los dispositivos que protegen programas de ordenador (art. 270-3 CP), la manipulación genética (art. 159-1 CP). Vid. CUESTA PASTOR, *ob. ult. cit.*, pág. 41.

<sup>342</sup> CUESTA PASTOR, *ob. ult. cit.*, p. 282.

<sup>343</sup> CUESTA PASTOR, *ob. ult. cit.*, p. 282.

posee tal naturaleza formalmente, pero no a efectos de contenido. Nos encontramos - según este autor- con delitos como los artículos 320, 322 y 329 CP en los que la protección de los intereses supraindividuales que entran en juego está supeditada a la de los derechos subjetivos y no a la inversa<sup>344</sup>.

CUESTA PASTOR considera que en vista de los bienes jurídicos tutelados, los preceptos que son objeto de nuestro estudio, podrían calificarse de delitos obstáculos “sui generis”, ya que se castiga la conducta de la autoridad o funcionario público que “a sabiendas de su injusticia” informa a favor de proyectos de edificación, de derribo a alteración de edificios protegidos y de actividades contaminantes, o concedan licencias contrarias a las normas, o que como miembro de un órgano colegiado vota a favor de su concesión. Las penas que se asignan a estas conductas, respecto de las de prevaricación genérica, son agravadas<sup>345</sup>, en base al carácter pluriofensivo de las mismas<sup>346</sup>.

En estas figuras delictivas específicas entran en juego bienes jurídicos de los llamados “difusos”, puesto que no nacen de los bienes jurídicos individuales “tradicionales” y no poseen, por tanto, una referencia directa a éstos. Es decir, tanto la ordenación del territorio, como el patrimonio histórico, o el medio ambiente y los recursos naturales, son intereses sociales que se vinculan necesariamente a los bienes jurídicos individuales, a diferencia de lo que ocurre con otros valores colectivos como por ejemplo la salud pública o la seguridad del tráfico<sup>347</sup>.

Así, según este autor, nos encontramos con esta “especie” de delitos obstáculo en los que las conductas de *prevaricación* se consideran “premisa idónea” para la futura puesta en peligro de las normas de la ordenación del territorio, el patrimonio histórico, los recursos naturales o el medio ambiente. En este caso, la lesión de un bien jurídico también colectivo (a diferencia de los delitos obstáculo “típicos” en donde existe una referencia individual), como la “función pública”, opera como “necesariamente idónea” para que se produzca la puesta en peligro de los mencionados intereses difusos.

---

<sup>344</sup> CUESTA PASTOR, *ob. ult. cit.*, pp. 282-283.

<sup>345</sup> En estos preceptos se añade a la pena de prisión, la del artículo 404 CP, que consiste en la inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.

<sup>346</sup> MUÑOZ CONDE, *DP PE* 16ª. ed. 2007, pp. 582..

<sup>347</sup> Estos intereses colectivos están directamente relacionados con los bienes jurídicos vida y salud de las personas.

#### 4. Los artículos 320, 322 y 329 CP como delitos “lesivos”. (DE LA MATA BARRANCO).

La doctrina dominante<sup>348</sup> mantiene que para la aplicación del art. 320.1 CP (o en su caso de los arts. 322.1 y 329.1 CP) hay que renunciar al requisito de que se realice la construcción o la edificación previstas en el art. 319 CP (o bien al derribo o alteración de ciertos edificios o la actividad contaminadora de los arts. 321 ó 325 del CP). Pues bien, DE LA MATA BARRANCO se opone radicalmente a esta posición por implicar una intervención penal desmesurada<sup>349</sup>. Partiendo del análisis de los delitos contra la ordenación del territorio, considera que respecto a este tipo específico (320 CP) no se está ante un delito de peligro: no cabe sancionar la “emisión del informe” con independencia de que la construcción o edificación se lleven a cabo. El 320.1 CP obliga a entender que ha de afectarse la ordenación del territorio para que pueda sancionarse a quien únicamente emite un informe y ello obliga a exigir la construcción o edificación a que se alude en el art. 319 CP, que obviamente no será el funcionario quien la realice<sup>350</sup>.

El art. 320 CP puede describirse -según DE LA MATA BARRANCO- como delito de *lesión*, en la medida en que sólo la existencia de la construcción o edificación permite la incriminación del funcionario público que informa a favor los proyectos o la concesión de licencias. Sin embargo, otra cuestión es que efectivamente la conducta de participación (la emisión del informe) se entienda como todavía no lesiva y sí únicamente peligrosa para el bien jurídico tutelado en el Cap. I del Tit. XVI. Pero esta es precisamente la razón que justifica la sanción de actos de participación y la impunidad de los actos preparatorios. La sanción de la “emisión del informe” sólo se entiende desde la peligrosidad que implica la actuación de otras personas distintas del autor en la realización del hecho criminal. Sólo en este sentido deben entenderse los tipos de participación como tipos de peligro. Según DE LA MATA BARRANCO

---

<sup>348</sup> Vid. por todos, VERCHER NOGUERA, *La delincuencia urbanística*, cit. p. 166; BARRIENTOS PACHO, *Delitos relativos a la ordenación del territorio*, LL, 1996-6, p. 1560; ALASTUEY DOBON, *El ámbito de aplicación del art. 329 CP: examen de sus conductas típicas*, RDPCr., 2ª. época, nº.9, enero 2002, p. 16.

<sup>349</sup> DE LA MATA BARRANCO, *La construcción de tipos específicos a partir de la participación en un hecho ajeno: el ejemplo de las denominadas prevaricaciones especiales*, en Quintero Olivares/Morales Prats, “Nuevo Derecho Penal español, LH-Valle Muñiz”, p.1243.

<sup>350</sup> DE LA MATA BARRANCO, *ob. ult. cit.*, p. 1246.

tampoco se puede decir que estemos ante un tipo de mera actividad<sup>351</sup> si con ello de nuevo pretende aludirse a la innecesariedad de la construcción o edificación respecto al art. 319 CP<sup>352</sup>. El tipo del art. 320 CP es una conducta de participación que requiere un hecho principal, que es la conducta del 319 (construir o edificar).

Estas consideraciones son, desde luego, extensibles respecto a los artículos 322 y 329 CP, en los que se requeriría el derribo o alteración de edificios singularmente protegidos o la realización de conductas contaminadoras para poder sancionar la “emisión del informe” por parte del funcionario al que se refieren estos preceptos.

En este sentido, según DE LA MATA BARRANCO, los delitos específicos que se analizan, lo que pretenderían no es -en general- adelantar las barreras de protección, sino deslindar, con efectos agravatorios, la responsabilidad de un partícipe cualificado (por ejemplo, un funcionario) de la de un autor no cualificado o, en su caso, evitar condicionar la responsabilidad de aquél a la de éste, para salvar posibles lagunas de penalidad, y ello sin perder de vista la perspectiva del bien tutelado<sup>353</sup>.

Otra de las argumentaciones de DE LA MATA BARRANCO para seguir manteniendo su postura es que entender que el art. 320.1 CP sanciona la mera emisión del informe, sin ulteriores exigencias, desvirtuaría la valoración establecida administrativamente de la gravedad de las conductas sometidas a su régimen disciplinario, haciendo intervenir al Derecho penal, ya no sin añadir un *plus* al ilícito administrativo, sino incluso respecto de los ilícitos que en este ámbito (administrativo) no tienen la máxima consideración de gravedad posible<sup>354</sup>. En efecto, el art. 228.2 TRLRSOU de 1976 -inspirador posiblemente del 320.1 CP- *solo sanciona al facultativo que informa en relación con obras amparadas en una licencia*, lo que obliga a exigir la existencia de las mismas (licencias). Asimismo el propio art. 95.2 d) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, sobre el Estatuto Básico del Empleado Público, en el ámbito del régimen disciplinario, califica como falta muy grave “la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que *causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos*”, pero no la emisión de informe alguno. Es en el art. 7.1h) del RDFAE (Reglamento Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado) donde se sanciona la “emisión de informes ilegales, no como falta muy grave, sino

---

<sup>351</sup> Para DE LA MATA BARRANCO, la caracterización de un tipo como de mera actividad no afecta necesariamente a su consideración como delito de peligro o de resultado. Vid. *ob.ult. cit.*, p. 1239.

<sup>352</sup> DE LA MATA BARRANCO, *ob. ult. cit.*, p.1247.

<sup>353</sup> DE LA MATA BARRANCO, *ob. ult. cit.*, p. 1243.

<sup>354</sup> DE LA MATA BARRANCO, *ob. ult. cit.*, p. 1244.



únicamente como falta grave, y sólo cuando también “causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos”<sup>355</sup>.

En conclusión, según DE LA MATA BARRANCO no se puede aceptar que estemos ante un delito de peligro, si con ello pretende indicarse la posibilidad de sancionar la emisión de un informe con independencia de que la construcción o la edificación se lleven a cabo. Tampoco es aceptable un peligro no ya abstracto, sino potencialmente inocuo -al menos para la correcta ordenación del territorio- en cuanto el informe no adquiere relevancia alguna si, efectivamente, otro sujeto no construye o no edifica<sup>356</sup>.

La posición de DE LA MATA BARRANCO, no parece que deba ser valorada positivamente, desde mi punto de vista, puesto que la forma actual en que están redactados los arts. 320, 322 y 329 CP nada parece indicar que sea exigible otro requisito añadido a la simple realización de la conducta típica.

## **5. Toma de Postura.**

En los anteriores epígrafes se han reflejado cuatro diferentes posiciones doctrinales relativas a cómo se entiende la configuración técnica de los delitos objeto de estudio, las cuales van desde su consideración como delito abstracto (en su doble vertiente puro/hipotético), que es la posición de GÓMEZ TOMILLO, hasta la concepción de DE LA MATA BARRANCO que puede llegar a catalogarlos como supuestos tipos “lesivos”. Se hace ahora necesario analizar y debatir esas posturas para adoptar finalmente un criterio personal al respecto, que, se puede adelantar, será la de estimar los delitos de los artículos 320, 322 y 329 CP como delitos de peligro abstracto (puros).

En primer lugar, cabe descartar que estos delitos sean de peligro concreto, pues esta clase de delitos requieren que en el caso específico se haya producido un peligro real y efectivo para un objeto protegido por el tipo respectivo. Estos delitos (de peli-

---

<sup>355</sup> DE LA MATA BARRANCO, *ob. ult. cit.*, pp. 154 y ss.

<sup>356</sup> DE LA MATA BARRANCO, *ob. ult. cit.*, p. 157.

gro concreto) son de *resultado* en el sentido de que éste ha de ser de peligro; es decir, ha de haberse creado un concreto “peligro de resultado” o lo que es lo mismo un riesgo de lesión adecuado y no permitido<sup>357</sup>. Este peligro como situación-estado/resultado ha de comprobarse *ex post*, tomando no sólo los datos reconocibles “*ex ante*”, sino también los obtenidos una vez realizada la conducta<sup>358</sup>. El concepto de peligro concreto no se puede determinar con validez general, sino sólo según las circunstancias particulares del caso concreto<sup>359</sup>.

Como afirma MENDOZA BUERGO<sup>360</sup>, además del desvalor de la acción en los delitos de peligro concreto se exigiría un verdadero desvalor del resultado consistente, precisamente, en esa concreta y precisa puesta en peligro; la intensidad del ataque al bien jurídico es de mayor entidad en este tipo de delitos que en los de peligro abstracto, puesto que en ellos necesariamente ha de darse un contacto entre la acción peligrosa y un objeto de protección. Obviamente estas premisas deben verse reflejadas en el tipo pertinente para que el mismo pueda definirse como de peligro concreto. Sin embargo, considero personalmente que en las conductas de los art. 320, 322 y 329 CP, no se constata nada de esto: el legislador no ha introducido en el tipo ese vínculo-contacto imprescindible entre la acción peligrosa y el objeto/bien a defender penalmente; estos tipos reflejan simplemente una conducta antijurídica -que supone un peligro general- independiente de las consecuencias reales que puede acarrear respecto al caso concreto. Por eso hay que entender que en ningún caso puede hablarse de peligro concreto.

Por su parte, la postura de GÓMEZ TOMILLO de analizar la configuración de estos tipos partiendo de una división tajante según la posible afectación del doble bien jurídico que concurre en ellos, resulta problemática. En efecto, el análisis de la configuración de un tipo delictivo, en mi opinión, debe hacerse desde el conjunto y la totalidad del mismo; lo contrario produciría graves inconvenientes respecto a su aplicabilidad por parte de los tribunales. Téngase en cuenta que si aceptamos que en los artículos 320, 322 y 329 CP confluyen a la vez un delito de peligro hipotético y

---

<sup>357</sup> ROXIN, *DP PG*, 2ª. ed, p. 404.

<sup>358</sup> Vid. ALCACER GUIRAO, *El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa*, ADPCP, t. XLIX, 1996, p. 482.

<sup>359</sup> ROXIN, *ob. ult. cit.*, p. 404; también, como afirma MIR PUIG, en *DP PG*, 8ª. ed, 2008, p. 230, la acción debe haber estado a punto de causar una lesión a un bien jurídico determinado.

<sup>360</sup> MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y políticos criminales de los delitos de peligro abstracto*, cit., p. 18.

otro de peligro abstracto puro, como realiza este autor, las exigencias probatorias para cada uno de los tres tipos, también será doble, y por tanto, su consideración por los jueces se haría un tanto dificultosa. Por otra parte, no se percibe la existencia de un peligro hipotético, de idoneidad o aptitud *per se* en estos tres delitos específicos funcionariales según están redactados: ni respecto al bien “correcto funcionamiento de la función pública”, ni en cuanto a los bienes ordenación del territorio, patrimonio histórico o medio ambiente. En los delitos de peligro hipotético se trata de delitos en los que a través de algún elemento típico, la peligrosidad general de la conducta *concreta* o de los medios comisivos utilizados, pertenecen a la descripción típica, de modo que es necesario probar en el caso individual la *idoneidad típica del comportamiento* para producir el efecto indeseado, pero no su producción efectiva, ni la presencia de un objeto (bien) en el radio de acción del mismo. Su injusto constituye un injusto de peligrosidad asentado en un peligro *ex ante* de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico<sup>361</sup>. Sin embargo, si se observan los artículos 320, 322 y 329 CP, en ningún momento el legislador ha introducido un elemento típico que exija la peligrosidad concreta de la conducta en el caso individual (apta para poder afectar al bien protegido), como se produce, por ejemplo, en los arts. 325.1 y 328 CP en los que sí se exige expresamente -como elemento típico- que la conducta peligrosa *pueda perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales*. Así pues, el legislador en modo alguno ha configurado estos tres delitos como de peligro hipotético.

Tampoco se puede estar de acuerdo con la posición de SIERRA LÓPEZ. La solución que ofrece esta autora respecto a estos delitos es que partiendo de que, teóricamente, se trata de delitos de peligro abstracto (puros), termina afirmando categóricamente que estamos ante delitos exclusivamente de peligro hipotético. Es decir, reconvierte -olvidando la redacción real del tipo penal- en delitos de peligro hipotético lo que en sí mismo considera que son delitos de peligro abstracto puros, ello para subsanar la carencia de legitimidad de estos tipos, al no concurrir ofensividad en los mismos respecto a los bienes jurídicos protegidos, problemática ésta común a todos los delitos de peligro abstracto puros. Hay que considerar que la aplicabilidad de un tipo penal ha de hacerse siguiendo las pautas marcadas por el legislador, según lo dicho por él. Así, si el legislador -aunque se considerase equivocado- ha querido

---

<sup>361</sup> Por todos, MENDOZA BUERGO, *ob. ult. cit.*, p. 410.

hacer uso de la técnica del delito de peligro abstracto (puro) para los arts. 320, 322 y 329 CP -y por lo tanto presumir la peligrosidad de la acción, independientemente del resultado- no se puede luego afirmar que el tipo también exige un *plus* de idoneidad de la conducta, ya que no existe ese elemento en ninguno de los tres delitos analizados. A buen seguro que si el legislador penal hubiera querido configurar estos delitos como de idoneidad, lo hubiera hecho así, como hizo con el art. 325.1 CP.

Indudablemente en este sentido se echa en falta que en los arts. 320, 322 y 329 CP no se haya exigido un “algo más” que la pura realización de la conducta típica, pero ello, en mi opinión, no puede conducir -ante esta omisión- a entender a los mismos como delitos de aptitud, puesto que no lo son.

La concepción de los delitos analizados como delitos obstáculo *atípicos*<sup>362</sup> - como hace CUESTA PASTOR- parece confusa y compleja, máxime cuando los hace depender según se esté ante bienes jurídicos supraindividuales o bienes jurídicos colectivos o difusos, con la dificultad que supone deslindar los unos de los otros. Presentan mayores inconvenientes -si cabe- que los delitos de peligro abstracto puro, puesto que se agudiza en mayor medida su problemática en relación con los principios de proporcionalidad, legalidad y ofensividad<sup>363</sup>. Asimismo en unas ocasiones afirma dicho autor que tales “delitos obstáculo” son un estadio anterior al delito de peligro abstracto, pero a su vez afirma que se encuentran próximos a las figuras típicas que basan su injusto en una idoneidad de la acción para producir el resultado aunque sea en un juicio *ex ante*. Parece situarlos entre el delito de peligro abstracto puro y el de peligro hipotético o de idoneidad.

Por lo que respecta a los arts. 320, 322 y 329 CP hay que manifestar que sólo parcialmente podrían suponer una premisa idónea a otros delitos posteriores. En efecto, la realización de sus conductas típicas son pluriofensivas, lesionando de forma consciente el llamado “correcto funcionamiento de la Administración pública” y la confianza que los ciudadanos tienen depositada en su función. Por tanto, únicamente, y en su caso, podrían ser el anticipo de otros delitos respecto a las ofensas a la ordenación del territorio, al patrimonio histórico o al medio ambiente (arts. 319, 321, 325 ó 328 CP). Los llamados delitos obstáculo, en tanto que lo que el legislador

---

<sup>362</sup> Término éste poco recogido por la doctrina española.

<sup>363</sup> Vid. CUESTA PASTOR, *Delitos obstáculos: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, cit., p. 228.

tipifica es una conducta que se considera de peligrosidad general, confluyen posiblemente en delitos de peligro abstracto puros, con una particularidad: y es que la distancia entre la conducta del sujeto activo y el objeto/bien protegido es todavía mayor.

La posición de DE LA MATA BARRANCO -minoritaria en la doctrina española- tampoco puede compartirse. Entender que estos tipos penales han de ser inexorable y preceptivamente dependientes de sus tipos básicos y que por ello estamos ante delitos de *lesión*, es un dato que no se fundamenta en criterios objetivos. Es más, sólo en el art. 329 CP aparece como elemento típico un nexo con el tipo básico del 325 CP -o en su caso del 328 CP- en relación a las conductas contaminadoras por las que el funcionario pueda delinquir, bien al informar o al conceder la licencia. Por el contrario, respecto a los artículos 320 y 322 CP nada hace pensar -al menos si nos atenemos a lo que dicen los preceptos- que su consumación tenga que estar en dependencia a que el particular incurra en las conductas tipificadas en los arts. 319 y 321 CP. Estos tipos específicos son conductas independientes respecto a los hechos de edificar, construir, derribar, alterar (edificios protegidos) o realizar actividades contaminadoras; esto no quiere decir que el funcionario no pueda actuar en unión de voluntades con el particular. Por esto deberá descartarse la consideración de estos delitos -en su conjunto- como *lesivos*.

En mi opinión los delitos objeto de estudio están configurados como delitos de peligro abstracto puros, con los inconvenientes que conlleva<sup>364</sup> como pudiera ser el adelantamiento tan excesivo en la intervención penal que se produce -especialmente en la conductas de informar a favor- y que se convierte en una especificidad *sui generis* de estos tipos funcionariales. No en vano, como se dijo antes, suponen un supuesto de “anticipación de la anticipación” en la conexión con el bien jurídico. Son delitos de mera actividad<sup>365</sup>, eminentemente formales que no requieren resultado

---

<sup>364</sup> En efecto, como alega RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Limitaciones del Derecho penal del medio ambiente: alternativas político-criminales*, en “A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro”, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2005, p. 169, la técnica del delito de peligro abstracto puro corre el riesgo de abarcar más de lo que queremos: de tender a identificar lo “ilícito” con lo penalmente ilícito y de penar gravemente lo que a la postre no se demuestra como gravemente lesivo. Este efecto no es sólo un defecto de desproporción, de castigo efectivo a lo que no lo merece, sino también, en última instancia, de eficacia, pues provoca que el Derecho penal tipifique situaciones para las que es mucho más agil y eficaz la reacción del Derecho administrativo sancionador.

<sup>365</sup> MILANS DEL BOSCH, *Delitos sobre el patrimonio histórico*, en Derecho Penal Administrativo, cit., p. 221

material alguno. Asimismo estos delitos funcionariales específicos van más allá de la función asignada a la prevaricación común; los arts. 320, 322 y 329 CP -al menos en sus primeros apartados- cubren un estadio anterior al sancionado por el art. 404 CP. Lo que el legislador ha materializado en estos delitos es la existencia de una peligrosidad general de la conducta; es decir, lo prohibido son aquellos comportamientos que de modo general o típico conducen a un menoscabo de un bien jurídico y, por ello, son desvalorados de manera general. Como afirma MENDOZA BUERGO<sup>366</sup>, en estos delitos de peligro abstracto, ni el delito como situación o resultado, ni la peligrosidad de la acción concreta constituyen un elemento del tipo que deba ser comprobado por el juez, bastando en ellos que la conducta realizada coincida con la descrita en el tipo.

Si nos detenemos en la lectura de estos preceptos, comprobaremos que las conductas típicas son simplemente la de informar ilegalmente a favor de la concesión de licencias o la concesión misma de éstas en materias relativas a edificaciones, derribos o alteración de edificios (protegidos por su singularidad) o actividades contaminadoras. No se exige -pese a que indudablemente el legislador debería haberlo hecho- ningún otro elemento o requisito en el tipo, ni se estipula cual debe ser el grado o nivel de afectación de tales bienes. El legislador, al utilizar esta técnica, da por entendido que las conductas allí establecidas son *-per se-* arriesgadas o peligrosas con carácter general para la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y el ambiente. Y en cierto sentido no le falta razón ya que el emitir un informe favorable, sabiendo que es injusto y que vulnera grosera y flagrantemente bien la normativa urbanística, bien la relativa al patrimonio histórico o bien la que se refiere a todo tipo de actividad contaminadora, tiene una entidad suficiente como para creer que peligran los bienes indicados.

Esta consideración como delitos de peligro abstracto puros de los tipos de los arts. 320, 322 y 329 CP se complica enormemente -y así hay que reconocerlo- desde el momento en que se observe que respecto a los mismos concurre una pluriofensividad que hace que la determinación del contenido del injusto sea difícil de detallar, con los problemas de posible legitimidad que se podrían plantear respecto a esos delitos.

---

<sup>366</sup> MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y políticos criminales de los delitos de peligro abstracto*, cit., pp. 75 y 67.

### C. La exigencia constitucional de taxatividad y su compatibilidad con la técnica de ley penal en blanco utilizada en los arts. 320, 322 y 329 CP.

Los tres delitos funcionariales objeto de estudio han quedado igualmente configurados por el legislador como tipos abiertos, concurriendo una accesoriedad respecto al Derecho administrativo. En los mismos no se describen la totalidad de los elementos del tipo, sino que la descripción de alguno de ellos se remite a otro precepto o instancia normativa distinta<sup>367</sup>. Es decir, la prohibición o el mandato de acción se halla en disposiciones distintas de la Ley que contiene la amenaza penal<sup>368</sup>. En consecuencia, para la comisión de los delitos analizados se requiere la vulneración de determinada normativa administrativa bien sea urbanística, relativa al patrimonio histórico español o al medio ambiente.

Ciertamente resulta difícil entender los delitos del Tit. XVI del Libro II CP sin las normas penales en blanco, pese a los interrogantes que plantea esta accesoriedad<sup>369</sup>,

El Tribunal Constitucional español<sup>370</sup> ha puesto de manifiesto que la ley penal en blanco se ajustará a los principios constitucionales “siempre que se de la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada en el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, resultando así salvaguardada la función de garantía del tipo *con la posibilidad de*

---

<sup>367</sup> Vid al respecto, MIR PUIG, *DP PG*, 8ª. ed., 2008, p. 66 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *DP PG*, 1ª. ed., pp. 87 y ss.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON, *DP PG* 5ª. ed., pp. 151-153; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, *DP PG*, 7ª. ed., 2007, pp. 38-39; LUZÓN PEÑA, *Curso de DP PG*, 1996, pp. 146 y ss.; y POLAINO NAVARRETE, *DP PG, Fundamentos científicos del DP*, t. I, 4ª. ed., p. 424.

<sup>368</sup> BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de DP PG*, 5ª. ed., p. 99

<sup>369</sup> Así, CARMONA SALGADO entiende, en *Consideraciones críticas en torno a algunos delitos urbanísticos*, en la Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, LH-José Cerezo Mir, 2002, p. 1206, de dudosa aceptación la técnica legislativa seguida en el Tit. XVI del vigente CP, plagado de tipos abiertos integrados por numerosas normas penales en blanco, o excesivos elementos normativos no penales que obligan al interprete a acudir continuamente a la exhaustiva regulación extrapenal existente; esto conduce a la yuxtaposición de injustos de ambas naturalezas vulnerándose los principios esenciales del Derecho penal como son el de intervención mínima, legalidad e igualdad.

Por el contrario, TERRADILLOS BASOCO, en *El ilícito ecológico: sanción penal-sanción administrativa*, en El Delito Ecológico. Terradillos Basoco (Coord.), 1992, p. 91, se muestra claramente partidario del uso de estos tipos abiertos como mecanismo más adecuado en determinados ámbitos en los que el Derecho Penal no puede aspirar a una regulación absoluta, defendiendo una compatibilidad con las normas en blanco y el principio de legalidad penal

<sup>370</sup> SSTC 122/1987, 127/1990, 18/1992, 62/1994, 120/1998.

*conocimiento por parte del sujeto de la actuación penalmente conminada*”<sup>371</sup>. Esta concreción se satisface cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; b) que la ley penal, además de señalar la pena, contenga el *núcleo esencial de la prohibición* y sea satisfecha la exigencia de certeza dando la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite<sup>372</sup>.

El primero de los requisitos -consistente en que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado- no parece plantear mayores problemas. En efecto, el envío normativo se observa que es expreso en el art. 320 CP cuando remite a las normas urbanísticas respecto a su “contrariedad”; igualmente, en el art. 322 CP, cuando se introduce el elemento “singularidad de la protección”, se invoca<sup>373</sup> la normativa relativa al Patrimonio Histórico español.; y, por último, el art. 329 CP se refiere expresamente -aunque sea indirectamente a través del art. 325 CP- a la contravención de leyes u otras disposiciones generales protectoras del medio ambiente.

Respecto a la exigencia de la justificación de la norma de complemento como elemento típico, con vista a la necesidad de proteger penalmente la ordenación del territorio, el patrimonio histórico o el medio ambiente, parece incuestionable que la responsabilidad penal funcional en estas materias sólo podrá realizarse desde el uso de esa accesoriedad. Así pues, el recurso a la técnica de las normas en blanco se ha hecho con carácter excepcional y por resultar estrictamente necesario e imprescindible para poder completar la descripción típica, y no por mera conveniencia<sup>374</sup>. Desde luego, hasta el momento presente no han sido halladas fórmulas más satisfactorias que pudieran sustituir a esta complementariedad administrativa, pese a la problemática que ello plantea.

---

<sup>371</sup> Como acertadamente afirma LESMES SERRANO, en *Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, en *Derecho penal administrativo*, 1997, p. 341, esta técnica de configuración *en blanco* dificulta para el ciudadano medio el conocimiento exacto de la conducta antijurídica al estar vinculado el tipo a una realidad normativa administrativa compleja, mudable y dispersa.

<sup>372</sup> SSTC 127/1990 y 118/1992.

<sup>373</sup> Según afirma GUIASOLA LERMA, en *Delitos contra el Patrimonio Cultural*. Arts. 321-324 CP, cit., pág. 364, el art. 322 CP no remite a otras normas, sino que se invoca a éstas, para la valoración del elemento típico; se estaría, así pues, ante un *término normativo valorado*, bien por Ley, bien por la Administración competente en la materia mediante real decreto.

<sup>374</sup> Vid. LUZÓN PEÑA, *Curso de DP PG I*, 1996, p. 151.



El problema surge respecto al segundo de los requisitos, es decir, a la necesidad de que en el tipo se contenga el *núcleo esencial de la prohibición*, y la exigencia de certeza y concreción del mismo<sup>375</sup>. Lo primero que habrá que intentar aclarar es lo que debe entenderse por esa expresión, que realmente es un tanto imprecisa y confusa.

Para un sector doctrinal<sup>376</sup>, aparte de criticar ese concepto (*núcleo esencial de la prohibición*), considera que cuando el TC impone esta exigencia, lo que está reclamando es que se contemplen los elementos esenciales del delito, esto es, aquellos que acotan tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado. En este sentido, SILVA SÁNCHEZ<sup>377</sup> afirma que el núcleo de la conducta prohibida del tipo ha de venir constituido por la descripción de la conducta del sujeto en tanto que es portadora de un riesgo para el bien jurídico protegido: a la norma extrapenal (o al acto administrativo) solo le correspondería la misión de especificar modos, medios o formas de la relación entre conducta y bien jurídico.

Por su parte, ACALE SÁNCHEZ<sup>378</sup>, refiriéndose al artículo 320 CP (aunque extensible perfectamente a los otros dos preceptos objeto de examen), entiende que concurre el núcleo de prohibición al figurar un doble desvalor en el mismo: 1) desvalor de la acción consistente en el informe, votación o resolución de la licencia contraria a Derecho por funcionario público; y 2) desvalor del resultado por el cual se afecta el recto funcionamiento de la administración pública en materia urbanística, del patrimonio histórico o ambiental.

---

<sup>375</sup> En este sentido SILVA SÁNCHEZ afirma, en *Introducción. Necesidad y legitimación de la intervención penal en la tutela de la ordenación del territorio*, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, cit., p. 34, que desde el punto de vista de la técnica legislativa utilizada respecto a las normas complementarias, los delitos relativos a la ordenación del territorio y el medio ambiente (entre los que están los arts. 320, 322 y 329 CP) resultan sumamente discutibles. En concreto, la combinación en la redacción del tipo de una *remisión parcial* expresa a actos administrativos de autorización o a normas reguladoras del régimen de autorizaciones, en combinación con una *remisión implícita* al ordenamiento extrapenal a través de elementos normativos de contenido jurídico, puede estimarse vulneratoria del principio de legalidad penal, en su vertiente de mandato de determinación.

<sup>376</sup> Vid. GARCÍA ARÁN, *Remisión normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*, EPC, t. XVI, 1993, pp. 85 y ss.; DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, 1999, p. 167; ACALE SÁNCHEZ, *Los delitos Urbanísticos*, cit., p. 266; GÓRRIZ ROYO, *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., p.170.

<sup>377</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, *ob. ult. cit.*, p. 30.

<sup>378</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, *ob. ult. cit.*, p. 266.

Asimismo, GÓMEZ TOMILLO<sup>379</sup> considera que el núcleo del comportamiento prohibido en el artículo 320 CP se halla suficientemente concretado puesto que la acción de informar a favor presenta un perfil bastante nítido<sup>380</sup>.

Sin embargo, respecto a la “certeza” exigida por el TC, el art. 320 CP no cumple para GÓRRIZ ROYO<sup>381</sup> el mínimo exigido, ya que la conducta delictiva no queda suficientemente precisada considerando el disperso acervo normativo que en principio puede constituir el complemento indispensable de esta norma en blanco. Precisamente por ello esta autora considera que es esencial la configuración de criterios interpretativos que acoten el amplio campo normativo extrapenal al que llama la remisión de dicho tipo penal (art. 320 CP). En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ<sup>382</sup> entiende que los artículos objeto de este estudio se hallan al borde de la constitucionalidad por estar comprometidos los principios de proporcionalidad<sup>383</sup> y legalidad. En efecto, respecto a este último principio existe una falta de concreción del nivel de riesgo jurídico-penalmente relevante en relación con el bien protegido, y la combinación en la descripción típica de remisiones normativas y elementos jurídicos-normativos altera, en su opinión, las garantías del principio de legalidad penal.

En mi opinión es muy discutible que en los arts 320, 322 y 329 CP quede suficientemente establecido el *núcleo esencial de la prohibición*, si se entiende por tal la fijación completa del injusto en la ley penal, en su doble desvalor de la acción y del

---

<sup>379</sup> Vid. GÓMEZ TOMILLO, *Urbanismo, función pública y Derecho penal*, cit., pág. 248.

<sup>380</sup> En el mismo sentido GÓRRIZ ROYO considera, en *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., p.170, que el art. 320 CP contiene el núcleo esencial de la prohibición ya que al describir la acción de informar, votar o resolver licencias o proyectos contrarios a la normativa urbanística se contempla el desvalor de la acción y contiene también el doble desvalor del resultado en cuanto que del precepto se deduce la lesión del correcto funcionamiento de la función pública y a su vez la puesta en peligro de la ordenación del territorio.

En mi opinión no hay un doble resultado ya que respecto al bien jurídico de la ordenación del territorio subyace un delito de peligro abstracto (sin resultado).

<sup>381</sup> Vid. GÓRRIZ ROYO *ob. ult. cit.*, pp. 170-171.

<sup>382</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Introducción. Necesidad y legitimación de la intervención penal en la tutela de la ordenación del territorio*, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, cit., 1998, pp. 16 y 17.

<sup>383</sup> Asimismo SILVA SÁNCHEZ, en *ob. ult. cit.*, p. 35, cuestiona que los arts. 320, 322 y 329 CP respeten el principio de proporcionalidad; en efecto afirma que la pena de privación de libertad no cabe nada más que en los supuestos en que exista una gravedad cualificada del injusto: es decir una lesión o puesta en peligro del bien jurídico penal, una afectación individual. En estos delitos a veces se podría plantear si con las conductas ahí tipificadas realmente existe una puesta en peligro o lesión del bien protegido, con lo cual si no existiese esa lesividad al bien, el principio constitucional de proporcionalidad quedaría vulnerado en tanto que no procedería pena privativa de libertad y sí otra (multa).

resultado<sup>384</sup>. Es cierto que el desvalor de la acción queda suficientemente indicado a través de las conductas de informar, conceder, votar a favor, o en su caso, silenciar respecto de las licencias ilícitas. Pero desde luego estos tipos no determinan globalmente ningún desvalor real respecto al resultado de la conducta en relación con los bienes que esencialmente se pretenden proteger (la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y el ambiente). Sólo parcialmente podría verse cumplimentado este requisito, y tan sólo respecto al *bien* relativo al correcto funcionamiento de la función pública, lo cual posiblemente sea insuficiente como contenido nuclear de la prohibición.

Por lo que respecta a la necesaria certeza y concreción exigible a las remisiones normativas de las normas penales, desde luego el art. 320 CP tiene, en mi opinión, un déficit muy significativo<sup>385</sup>. En efecto, si como afirma HUERTA TOCILDO<sup>386</sup>, con la “certeza” lo que se pretende es examinar si esa remisión a la normativa reglamentaria no ha “desdibujado” o “difuminado” los perfiles del tipo penal hasta el punto de que al ciudadano (en estos casos autoridades o funcionarios públicos) le resulte imposible conocer con exactitud en qué consiste la conducta prohibida a fin de evitar la realización de conductas penalmente incriminadas, habrá que llegar a la conclusión de que el este tipo específico es relativamente “incierto e inconcreto”. Y se afirma *relativamente* porque hay que recordar que los sujetos activos del art. 320 CP son autoridades o funcionarios públicos, con competencias específicas en urbanismo, y por tanto, presuntamente cualificados, con la obligación de conocer en mayor o menor medida la normativa sobre la que ostentan plena competencia y capacidad. Sin embargo, pese a esto, creer que esos servidores públicos puedan conocer y aplicar correctamente tan vasta normativa urbanística, con la problemática de la jerarquía normativa existente, al incluirse la legislación autonómica como norma de complemento, y los problemas de solapamiento de diferentes legislaciones (estatal-autonómica) etc. etc. sería ir mucho más allá de lo exigible a los sujetos activos, aunque en este sentido no se puede olvidar que sólo sería típico el ataque “grosero”

---

<sup>384</sup> En este sentido, según MORALES PRATS, en *La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: la ley penal en blanco y concepto de peligro*, LH-Casabó Ruiz, volumen II, 1997, p. 482, el legislador penal ha renunciado a establecer el núcleo de la prohibición penal desde el propio tipo penal, posibilitando una configuración meramente sancionadora de los tipos penales.

<sup>385</sup> En este sentido, BARRIENTOS PACHO, *Delitos relativos a la ordenación del territorio*, LL 1996-6, p. 1556.

<sup>386</sup> Vid. HUERTA TOCILDO, *Principios básicos del Derecho Penal y el art. 325 CP*, LL Julio de 2001, p. 45.

a la normativa urbanística por parte del funcionario público o autoridad, por lo que quedarían sumamente recortadas las posibles responsabilidades de éstos. En consecuencia, se estaría ante serios problemas respecto a la exigencia de una certeza mínima en el tipo penal, puesto que no quedaría suficientemente precisada la conducta delictiva habida cuenta de la enorme legislación sobre urbanismo (ordenación del territorio) existente al respecto<sup>387</sup>.

En cuanto al artículo 322 CP el concepto “singularmente protegido” es asimismo enormemente confuso<sup>388</sup>, habiendo generado en la doctrina española posiciones encontradas. Así, por ejemplo, VERCHER NOGUERA<sup>389</sup> opina que deberá ser el juzgador quien determine la protección “singular” del edificio; por el contrario, otros autores<sup>390</sup> entienden que este elemento presupone un reconocimiento o calificación previa por parte de la autoridad competente de que poseen dicho interés expresado en la ley.

Por lo que concierne al art. 329 CP la amplitud del mismo parece enorme e inabarcable. En efecto, para empezar este precepto inserta una conducta más que los anteriores arts. 320 y 322 CP como es la de silenciar la vulneración de normas generales con motivo de las inspecciones de los funcionarios. Pues bien, las conductas de informar, conceder o votar (siempre a favor) licencias ilegales que autoricen actividades contaminantes van dirigidas a las actividades plasmadas en los art. 325 ó 328 del CP en virtud de la expresión “*artículos anteriores* “ y, por tanto, parece deducirse que la norma de complemento en el art. 329 CP sólo será la protectora del medio ambiente (ya de por sí extraordinariamente amplia y a veces confusa ya que muchas veces son normas preconstitucionales); en este caso nos hallaríamos ante un rosario de licencias (normativizadas), unas previas a otras, y todas ellas con el objetivo de

---

<sup>387</sup> En este sentido, GÓRRIZ ROYO constata, en *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., p. 171, que esto acarrea un grave inconveniente pues dejaría y desplazaría al legislador ordinario e incluso a órganos administrativos autonómicos o locales, la potestad de determinar parte de la materia de prohibición, ya que desde un reglamento hasta una ordenanza, en la que se prevean infracciones urbanísticas, pueden integrar el art. 320 CP.

<sup>388</sup> Obsérvese que mientras que en el tipo básico del 321 CP se hace referencia a los “edificios singularmente protegidos *por su interés histórico, artístico, cultural o monumental* “, el art. 322 CP sólo refiere a los “edificios singularmente protegidos” por lo que podría entenderse que el legislador ha querido dar a éste un sentido más amplio.

<sup>389</sup> VERCHER NOGUERA, *Delitos contra el patrimonio histórico*, en *El NCP y su aplicación a empresas profesionales*, p. 559.

<sup>390</sup> Vid. BOIX REIG, *Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente*, en DP PE, Coord. Vives Antón, 3ª. ed., p. 640; MUÑOZ CONDE en DP PE, 16ª. ed., 2007, p. 560; y TAMARIT SUMALLA, *De los delitos sobre el patrimonio Histórico*, en ComCP, Quintero Olivares/Morales Prats, 5ª. ed. 2008, p. 47.

autorizar el funcionamiento de una actividad contaminante, que es el supuesto de hecho del citado art. 329 CP ¿A cuál de ellas se refiere este artículo? ¿A todas, sólo a las de apertura, o incluso a las de obra, que deberían subsumirse en principio en el art. 320 del CP?<sup>391</sup> Como puede verse en esta breve pincelada, la inconcreción es significativa, aunque sobre esta cuestión habrá que volver cuando se analice específicamente este elemento típico. Asimismo, respecto a la conducta del silenciamiento del segundo inciso del art. 329.1 CP, se refiere, en principio, a cualquier infracción de normas reguladoras -de carácter general- de actividades contaminantes, independientemente de que tengan por objeto específico de atención la tutela del ambiente o no<sup>392</sup>. La inconcreción y amplitud de esta conducta es también palpable.

Tampoco estos tipos penales especifican el nivel de infracción de las conductas tipificadas; es decir, cuando el art. 320 CP determina la normativa urbanística vigente, cuando el art. 322 CP se refiere a la singularidad de la protección (de los edificios) o cuando el art. 329 CP menciona las leyes u otras disposiciones de carácter general, no detallan a qué grado de contrariedad, infracción, derribo o alteración de edificios se está refiriendo<sup>393</sup>. Por este motivo será preciso formularse la siguiente pregunta: ¿se refiere a todas -y, por tanto, también a las leves, por lo que quedarían incursas dentro del tipo las conductas de bagatela- o se está refiriendo solamente a las más graves? En este sentido, al no señalar adecuadamente estos delitos analizados el umbral típico mínimo de gravedad, podría verse afectado el principio de *ultima ratio* que predica el Derecho penal. Al respecto, la doctrina de manera unánime restringe estos tres tipos delictivos sólo a las infracciones graves<sup>394</sup>.

---

<sup>391</sup> Recuérdese lo dicho respecto a la licencia ambiental integrada, regulada en la Ley 16/2002, sobre Prevención y control integrado de la contaminación, en el § 3. II de la 1ª. parte de esta tesis.

<sup>392</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, *Medio Ambiente y Funcionarios Públicos*, cit., p. 404.

<sup>393</sup> Comparto plenamente la posición de MENDOZA BUERGO, en *Límites dogmáticos y políticos criminales de los delitos de peligro abstracto*, cit., pp. 487 y 488, según la cual la necesidad de que el núcleo de la acción punible consista en algo más que una infracción de normas administrativas y que, por tanto, el Derecho penal determine el contenido específico de lesividad de los comportamientos que merecen una reacción penal, parece una exigencia ineludible vinculada a la especificidad y especial gravedad de la pena criminal. Resulta sumamente cuestionable que deba responderse a la mera lesión de la prohibición o del mandato del control de la Administración con una sanción penal, desvinculándola de cualquier consideración sobre su peculiar lesividad desde la perspectiva de la tutela específicamente penal.

<sup>394</sup> Por todos NARVÁEZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal de la Administración urbanística: el artículo 320 CP*, APen nº. 270, 21 noviembre 1996, p. 3.

### III. El contenido del injusto en los arts. 320, 322 y 329 CP. Relación entre la peligrosidad de la acción y los bienes jurídicos protegidos.

Como se dijo anteriormente, estos artículos del CP están configurados como delitos de peligro abstracto puros, con la particularidad de que hay una exagerada anticipación de la conducta respecto a la puesta en peligro de los bienes a proteger. Esto plantea importantes problemas<sup>395</sup>, siendo uno de ellos la concreción y determinación del contenido del injusto en los mismos, (y por tanto a su posible legitimidad). A esto hay que añadir dos cuestiones específicas que concurren intrínsecamente en estos delitos funcionariales, que son: 1) la consideración de que son tipos pluriofen-sivos, en los que se ven afectados dos intereses o bienes distintos; y 2) son tipos donde se sancionan penalmente una conducta individual del funcionario público a pesar de que ésta ni es lesiva ni pone en peligro relevante *per se* al patrimonio histórico, la ordenación del territorio o al medio ambiente<sup>396</sup>. Por ello no es posible obviar esta difícil cuestión, siendo preciso su examen al caso concreto de los tipos penales que interesan, ya que tal delimitación del contenido del injusto es premisa necesaria para, posteriormente, poder ubicar, en el estadio del *iter criminis*, el momento de la consumación y la posibilidad de admitir formas imperfectas de ejecución<sup>397</sup>.

En los delitos de peligro abstracto *puros* el legislador parte de que la conducta constituye un peligro general<sup>398</sup> según las leyes de la experiencia o de la estadística que *no precisan ajustarse a un juicio de valor en el caso concreto*. Esto ha supuesto el que se hayan vertido severas críticas a estos tipos de delitos de peligro desde el

---

<sup>395</sup> En este sentido, MENDOZA BUERGO afirma, en *Límites dogmáticos y políticos criminales en los delitos de peligro abstracto*, cit., pág. 386, que la categoría de este tipo de delitos constituye una técnica problemática de delimitación de lo punible. Por ello postula que los tipos de peligro abstracto *puro* sean evitados en la mayor medida posible, por no reunir las características que justifican acudir a la pena entendida como la reacción más grave y seria al alcance del Estado. Esta autora se inclina por los delitos de peligro abstracto en su vertiente de idoneidad o hipotético.

<sup>396</sup> Estos bienes supraindividuales sólo se podrían dañar realmente cuando concurriesen las conductas de los arts. 319, 321, 325 u otros del CP y además se diera una reiteración o acumulación de conductas similares. Vid. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, 2ª. ed., p. 131.

<sup>397</sup> Vid. al respecto GÓRRIZ ROYO, *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., pp. 285 y ss.

<sup>398</sup> Esta peligrosidad general de estos delitos tienden a menoscabar principios y garantías básicas del Derecho penal tales como el recorte de las exigencias de prueba, inversión de la carga de la prueba, principios de in dubio pro reo, legalidad, proporcionalidad, culpabilidad etc., máxime cuando se constata la falta de peligrosidad de la conducta del sujeto en el momento concreto de su realización.

plano del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos que se plasma, a su vez, en el de la necesaria lesividad de la conducta típica para un bien protegido<sup>399</sup>. Y precisamente este problema es el que subyace en los artículos objeto de investigación. En éstos, el desvalor de la acción viene constituido por las conductas de informar, conceder o votar a favor (y también la de silenciar –con motivo de sus inspecciones- respecto al art. 329 CP) licencias ilegales relativas a las tres materias que interesan por parte de la autoridad o el funcionario. Es indudable que esos comportamientos son claramente antijurídicos respecto al correcto funcionamiento de la *función pública*, suponiendo también un injusto de peligrosidad (desvalor de peligrosidad objetiva) respecto al ambiente, la ordenación del territorio y el patrimonio histórico<sup>400</sup>.

Pero la dificultad viene dada a la hora de determinar el desvalor del resultado en estos tres tipos, ya que en los mismos no se incluye ningún vínculo respecto a la afección de los bienes específicos objeto de protección (ordenación del territorio, patrimonio histórico y ambiente). Es cierto que en las conductas de estos tipos sí que concurre una ofensa al “correcto funcionamiento de la función pública” (lesión/resultado). Sin embargo, cuando un funcionario o autoridad emite ilegalmente un informe, un voto o incluso una concesión (o, en su caso, cuando silenciase lo que tuviese que denunciar) puede que no suponga un riesgo mínimo para los tres *bienes ambientales* referidos; y no se puede olvidar que estos tres tipos delictivos, al estar incluidos en el Título XVI del Libro II CP (y no en el Título XIX del mismo Libro), tendrían que afectar en mayor o menor medida -y en todo caso- a las materias a las que se refiere, puesto que sería ilegítimo incriminar conductas anticipando la frontera de la tutela penal hasta el punto de aceptar la posibilidad de reprimir hechos que pueden ser inofensivos para alguno de los bienes tutelados. Por tanto, sería conveniente poder dar una solución a este problema y adecuar el concepto dogmático de lo que son los delitos de peligro abstracto puros con los principios básicos y esenciales de un Derecho penal insertado en un Estado democrático de Derecho<sup>401</sup>.

---

<sup>399</sup> Vid. MENDOZA BUERGO, *ob. ult. cit.*, p. 342.

<sup>400</sup> En este sentido resulta interesante la posición mantenida por MATELLANES RODRÍGUEZ, en *Medio Ambiente y funcionarios públicos*, cit., p. 325, según la cual en el art. 329 CP (y por extensión también en los arts. 320 y 322 CP) el desvalor de la conducta se ve aumentado con respecto al de la prevaricación común en virtud de la incorporación de un elemento más en la conformación material del injusto: el bien jurídico ambiente (o en su caso ordenación del territorio o patrimonio histórico).

<sup>401</sup> MENDOZA BUERGO, *ob. ult. cit.*, 2002, pp. 349-352.



Ciertamente la única solución posible respecto a la ausencia del desvalor del resultado en los tipos que estudiamos en relación con los tres bienes que pretenden tutelar en el Título XVI, sería que -de *lege ferenda*- sólo se pudiesen castigar los comportamientos descritos en los artículos 320, 322 y 329 CP cuando se presente de modo claro la peligrosidad de la conducta funcional como concreta idoneidad o capacidad *ex-ante* del comportamiento para la producción del efecto temido, es decir, que la acción de la autoridad o funcionario muestre una capacidad de peligrosidad suficiente, desde una perspectiva *ex-ante*, para la producción del riesgo temido<sup>402</sup>: de esta forma se podría hablar de un *desvalor potencial* de resultado en estos preceptos que afianzaría la exigencia de ese “algo más” que se requiere en el contenido del injusto que la mera realización de la conducta típica<sup>403</sup>.

La solución a este inconveniente lo podía haber solventado el propio legislador si hubiera incluido como elemento típico la exigencia de que las conductas de los arts. 320, 322 y 329 CP (informar y votar a favor o conceder licencias ilegales conscientemente o silenciar en las inspecciones) hubieran ido dirigidas sólo a aquellos actos o conductas *que pudieran perjudicar gravemente* a lo que es la planificación urbanística, a los valores intrínsecos que conlleva el patrimonio histórico o medio ambiente (en el sentido de equilibrio de los sistemas naturales), al estilo realizado en los arts. 325.1 y 328 CP, configurándolos, por tanto, como delitos de peligro hipotético. De esta forma se hubiera reflejado en la descripción típica, de modo manifiesto, la nocividad y peligrosidad de la conducta tan sólo a los supuestos en que la misma fuera adecuada para hacer peligrar las materias específicas aludidas, de tal forma que la incriminación no se fundamentase exclusivamente por la violación de una obligación (cual es el de velar y conservar estos bienes *ambientales*), como acontece actualmente.

Sin embargo, el legislador español no lo hizo así, como hubiera sido deseable, posiblemente pensando en que al tratarse de sujetos activos sobre los cuales pesa *per se* una interdicción expresa a la arbitrariedad y un *plus* respecto al estricto cumplimiento y vigilancia de la legalidad administrativa, en las materias que nos atañe, sobrentendió que los funcionarios públicos, al incurrir con pleno conocimiento en los injustos típicos, asumían plenamente la condición de peligrosidad de sus conduc-

---

<sup>402</sup> MENDOZA BUERGO, *ob. ult. cit.*, p. 387.

<sup>403</sup> MENDOZA BUERGO, *ob. ult. cit.*, p. 404.



tas. Pese a esto, considero que hubiera sido necesario haber establecido como elemento típico un cierto *resultado* mínimo (un *algo más*), aunque incluso hubiera sido de peligro potencial, a los efectos de eliminar claramente del tipo las conductas insignificantes o de bagatela.

#### **IV. Recapitulación.**

En esta tercera parte se ha pretendido fijar unas premisas muy concretas que sirvan de base para iniciar el profundo examen de los delitos que dan contenido al presente trabajo. En primer lugar era necesario analizar conjunta y comparativamente cada uno de estos tres tipos delictivos que, doctrinalmente, han sido considerados como “idénticos“, aunque ello no sea del todo cierto. En efecto, estos preceptos tienen similitud hasta el punto de que el apartado segundo de cada uno de ellos es el mismo. Sin embargo, su reproducción exacta, al vincularse con los diferentes elementos típicos específicos de los arts. 320.1, 322.1 y 329.1 CP, hace destacar las significativas diferencias existentes entre cada uno de estos delitos.

La introducción de estas tipificaciones específicas en base a la especial función que incumbe a los funcionarios públicos, no ha tenido, ni mucho menos, el apoyo unánime de la doctrina española, sino que ha sido un tema muy debatido, como no podía ser de otra forma, ya que, estas responsabilidades no son exclusivas de la materia *ambiental*. Efectivamente, en otros campos, también importantes, como el alimenticio, flora o fauna, el legislador no se planteó la introducción de similares tipos especiales.

Pese a lo anteriormente dicho, y desde los primeros inicios de la década de los años noventa, la doctrina se pronunció mayoritariamente por incluir dentro de un previsible y nuevo Código penal, unas cláusulas específicas dirigidas a supuestas ilegalidades funcionariales con competencias ambientales (en sentido amplio) ante la insuficiencia que suponía acudir a la prevaricación común o a las normas de la parte general del Derecho penal. Este posicionamiento doctrinal, que aquí se comparte, es

acertado puesto que varias de las conductas que se tipificaron -por ejemplo, el informar favorablemente de la concesión de licencia ilegales, el silenciamiento en las inspecciones en el art. 329 CP y posiblemente también votar favorablemente una licencia ilegal-, no podrían insertarse en lo que es el concepto penal de prevaricación administrativa.

Sin embargo, también hay que reconocer, desde este mismo momento, que la configuración técnica definitiva de estos tres delitos recogida finalmente en el presente CP, fue un tanto deficiente y defectuosa. Un buen ejemplo de ello es la forma *in extremis* en el que se incorporó el Cap. II del Tit. XVI (Libro II) -“De los delitos relativos al Patrimonio Histórico”- en el CP, en base a extraerse determinados párrafos o apartados del Capítulo I relativo “De los delitos sobre la ordenación del territorio”. Por otra parte, hay que reconocer el acierto que supuso especificar que sólo quedaba tipificado, respecto al apartado segundo de cada precepto, el *voto a favor*, ya que lo ilícito no era votar, sino que el injusto era hacerlo sabiendo que se hacía contrariando el Derecho y en contra de la confianza depositada en los sujetos activos de estos delitos.

Se ha podido comprobar que, partiendo de un análisis global y general de los tres preceptos, hay que llegar a la conclusión de que estamos ante delitos de peligro abstracto puro, en tanto que el legislador no ha incluido elemento típico alguno que haga referencia al desvalor del resultado (aunque sólo hubiera sido a nivel potencial). Hubiera sido mucho más acertado, en mi opinión, que se hubieran configurado como delitos de peligro potencial/hipotético, debiéndose rechazar el análisis de cada uno de estos tres tipos deslindando según se trate del bien “función pública” o de los bienes “ordenación territorial, patrimonio cultural o ambiente”, que lo único que conduciría es a crear enormes problemas de aplicación por parte de los tribunales.

Sin embargo, pese a los desaciertos, no puede considerarse superfluo que el legislador penal introdujese los vigentes arts. 320, 322 y 329 CP dentro del Título XVI del Libro II CP. Estos preceptos tipifican acciones arbitrarias e ilegales de las autoridades y funcionarios públicos, a los cuales, insisto, se les ha encomendado -incluso con rango constitucional- la vigilancia de valores tan esenciales para la sociedad como son la ordenación territorial, el patrimonio cultural, o el medio ambiente.

También se ha comprobado como en estos preceptos no se constata debidamente el llamado núcleo esencial de prohibición, al no quedar suficientemente precisada la

conducta típica en el sentido de no establecerse el nivel de riesgo necesario en relación con los intereses que se pretenden proteger penalmente. Además, estos preceptos, adolecerían igualmente de falta de certeza, teniendo en cuenta el enorme y disperso acervo normativo de las normas en blanco a las que se refirieren los artículos 320, 322 y 329 CP. Por otra parte tampoco se detalla de manera clara que solamente deben dirigirse a las conductas que ostenten el carácter de gravedad exigible en una materia como es el Derecho penal, donde los principios de *ultima ratio* y fragmentariedad deben considerarse irrenunciables.

Por último, se ha observado que la falta de contenido del injusto respecto a la falta del desvalor de resultado de peligro en los tipos a los que va dirigido este trabajo, puede conllevar problemas de legitimidad y que, la determinación de ese contenido en unos tipos delictivos que son claramente pluriofensivos, se antoja difícil. En este sentido hay que partir necesariamente del supuesto de que por estar enclavados estos preceptos en el Título XVI del Libro II CP, tiene que concurrir al menos un riesgo para los intereses que el Derecho penal intenta proteger, como son en el presente caso, la ordenación del territorio, el patrimonio cultural y el ambiente.

## **§. 6. Análisis de los arts. 320, 322 y 329 CP.**

### **Introducción.**

En este epígrafe, que es la parte nuclear y más extensa de la tesis, se analizará en profundidad la doble vertiente, tanto objetiva como subjetiva, de los arts. 320, 322 y 329 CP.

En lo relativo a la dimensión objetiva -con sus elementos descriptivos y normativos- ha sido preciso distinguir y separar, por un lado, lo que son las cuestiones comunes a los elementos del tipo objetivo de estos delitos (por ejemplo, los sujetos de los delitos, los informes típicos, las licencias, los votos a favor etc.) y, de otra parte, los aspectos específicos de esos elementos objetivos típicos de los tres artículos ana-

lizados, que se refieren a distintas materias como son la ordenación del territorio, el patrimonio cultural y el medio ambiente y los recursos naturales (me refiero a elementos típicos como pudieran ser las autorizaciones de actividades contaminadoras, los proyectos de edificación, el derribo o alteración de edificios singularmente protegidos etc. etc.).

Esta división de los aspectos objetivos parece estar plenamente justificada, puesto que de no haberse hecho así se hubieran tenido que reproducir innecesariamente afirmaciones similares para cada uno de los delitos estudiados. En este sentido ha surgido el problema de que había elementos objetivos típicos que podían ser comunes a los tres tipos que nos atañen (como es por ejemplo la cuestión de las conductas omisivas funcionariales) pero también podía entenderse como cuestión específica de algunos de ellos (me refiero al elemento concreto del silenciamiento en las inspecciones solo constatado en el artículo 329 CP); en relación a esto último, finalmente se incluyó dentro de los elementos comunes puesto que tal cuestión -de gran importancia- es una problemática que afecta por igual a estos tres delitos, no siendo un problema exclusivo del art. 329 CP., a pesar de que su tipificación haya sido expresa por parte del legislado.

En el subepígrafe relativo al tipo subjetivo de estos delitos funcionariales, representado por la expresión “a sabiendas de su injusticia”, se ha pretendido examinar el alcance de ese elemento típico, y por tanto a qué forma de dolo se está haciendo referencia. Igualmente ha habido que analizar si cabe la posibilidad de la forma imprudente en estos delitos específicos.

## **I. El tipo objetivo de los arts. 320, 322 y 329 CP.**

Con carácter previo a saber cuál debe ser el nivel de conocimiento de los elementos típicos de la ilicitud de la conducta por parte de la autoridad o del funcionario público, es preciso entrar a analizar cuáles son los contenidos, límites o alcance de los elementos objetivos de los tipos penales que se analizan en esta tesis. No se

puede olvidar que, como afirma VIRTO LARRUSCAIN<sup>404</sup>, en el art. 320 CP podría castigarse con penas muy graves comportamientos que no constituirían ni una infracción administrativa ni una prevaricación común. Imagínese -sigue afirmando- el caso en que el funcionario emite un informe favorable a la concesión de una licencia ilegal urbanística pero no provoca perjuicio alguno ni a la Administración ni al particular. En tal caso, se le puede imponer la pena del art. 320 CP y no la del art. 404 CP.

Por eso mismo este estudio debe hacerse partiendo de unas interpretaciones restrictivas -y no extensivas- de los elementos objetivos, como exige la ciencia jurídico-penal, con la finalidad de no ir más allá de lo que ha querido hacer el propio legislador.

En la dimensión objetiva del tipo no hay que olvidar dos aspectos que parecen esenciales: el primero de ellos es que en los delitos de los arts. 320, 322 y 329 CP se está ante *delitos especiales propios* cuyo sujeto activo está restringido exclusivamente a determinadas autoridades o funcionarios públicos; y el segundo es que estas autoridades o funcionarios públicos no sólo no deben dañar o hacer peligrar el bien jurídico protegido en cuestión, sino que tienen también un deber de cuidar (*garantizar* utilizando el término constitucional del art. 9-3) ese bien tutelado.

Así pues, es preciso realizar un detenido estudio de los requisitos objetivos que caracterizan los supuestos de hecho de las normas penales que son objeto de nuestra investigación.

#### **A. Cuestiones comunes en los tipos objetivos referidos.**

A simple vista llama la atención la división categórica que existe en los arts. 320, 322 y 329 CP respecto a cada uno de sus dos apartados. En el primero de ellos se observa que el supuesto de hecho típico va dirigido a una fase de “pre-concesión

---

<sup>404</sup> VIRTO LARRUSCAIN, *El delito de prevaricación del funcionario público*, en Delitos contra la administración pública, *cit.*, 1997, p. 132.

Personalmente no puedo estar de acuerdo con esa afirmación, ya que es difícil entender que un informe realizado a sabiendas y con plena consciencia de su ilegalidad por parte del funcionario público pueda no comportar un perjuicio a la administración pública o a la función pública.

de la licencia“, es decir, a la fase de informes (injustos y favorables) que deben obrar en el expediente administrativo pertinente, del cual habrá de salir la concesión o denegación de una licencia permisiva que tendería a una actuación concreta relativa al urbanismo, al patrimonio histórico o al ambiente. En el segundo de sus apartados se refiere al hecho en sí de la ilegal concesión misma de tales licencias, la cual puede producirse de varias formas, según se trate de un órgano unipersonal o bien colegiado. Entre ellos, aunque incluido en el apartado primero, aparece a nivel punitivo una referencia expresa, como elemento típico, al artículo 404 CP, relativo a la prevaricación administrativa común.

A partir de estas características se configuran una serie de elementos que conviene estudiar y que no son otros que la noción o determinación de lo que es la función pública y las autoridades o funcionarios públicos, la injusticia, el informe, la licencia, la prevaricación etc. etc. cuestiones que serán tratadas en los siguientes epígrafes.

Sin embargo, antes de entrar en la primera de las cuestiones -toda la problemática de los sujetos de los delitos analizados-, he considerado oportuno introducir dos epígrafes que afectan de modo común a los arts. 320, 322 y 329 CP. Se trata de la doble accesoriadad administrativa existente en estos delitos y la cuestión prejudicial administrativa en el ámbito de los mismos.

#### a) La integración de la doble accesoriadad administrativa en los tipos penales de los arts. 320, 322 y 329 CP.

En los tipos penales objeto de estudio, se puede comprobar claramente la existencia de una doble accesoriadad administrativa. En efecto, si observamos, en general, los delitos del Título XVI (Libro II) del CP se podrá apreciar claramente la existencia de diversos grados de secundariedad en el sentido de una menor o mayor dependencia de las normas jurídicas extrapenales a la hora de completar el ámbito de la conducta típica. Es decir, se estaría ante figuras delictivas que no son más que comportamientos inscritos en un ámbito o círculo más amplio de ilicitud por imperativo de normas extrapenales. En estos casos se trata no solo de que exista una remisión, más o menos amplia, a conceptos jurídicos no penales como componentes del tipo delictivo, sino también de que toda la conducta penalmente típica lo es igual-

mente, y en términos más amplios, constitutiva de infracción y responsabilidad administrativa. Se trata pues de comportamientos ilícitos ya en el ordenamiento jurídico, antes de que finalmente resultaren criminalizados en mayor o menor medida<sup>405</sup>.

Precisamente por esto conviene realizar algún tipo de matizaciones respecto al sistema de accesoriedad fijado por el legislador para cada uno de los arts. 320, 322 y 329 CP. Como bien se sabe esta cuestión de la accesoriedad en el campo penal viene presentando *-per se-* enormes dificultades. Pero además en el caso de los delitos analizados lo que se puede comprobar es que se incorpora un sistema de accesoriedad doble o escalonada<sup>406</sup> en el sentido siguiente: en primer lugar, debe comprobarse la tipicidad de la conducta con su correspondiente complemento administrativo particular a la que se refiere los arts. 320, 322 y 329 CP (y que obviamente será las normativa urbanística, la relativa al patrimonio cultural o la protectora del medio ambiente); y en segundo lugar debe comprobarse también más específicamente la infracción de las normas administrativas que rigen la conducta del funcionario público en cuanto a la *emisión del informe* (primera conducta de los art. 320.1, 322.1 y 329.1 CP), de la *resolución* (apartados dos de los arts. 320, 322 y 329 CP) o al desarrollo de la actividad de control concretada en las *inspecciones*<sup>407</sup> (para el caso, en la actualidad, del art. 329.1, segunda alternativa de comportamiento). Esto, obviamente, hace mucho más complejo la interpretación de estos tipos penales ya que se convierten en excesivamente abiertos y amplios, que es precisamente lo que no se recomienda en una materia como el Derecho penal.

En esta última línea, la doctrina<sup>408</sup> ha distinguido tres niveles o grados de accesoriedad; la primera (extrema o absoluta) sería aquella en el que el Derecho penal es absolutamente dependiente de la Administración, de tal forma que estaríamos ante un Derecho punitivo formal donde el injusto se sustanciaría exclusivamente con la

---

<sup>405</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, *Secundariedad del Derecho penal económico*, cit., 2001, p. 45.

<sup>406</sup> CANCIO MELIÁ, *La responsabilidad del funcionario por delitos contra el Medio ambiente en el CP español*, ADPCP, t. LII, 1999, p. 153.

<sup>407</sup> No se puede olvidar en este sentido que la tendencia actual en el campo de la contaminación ambiental se dirige a que las inspecciones técnicas de las instalaciones industriales son ejercidas en muy buena medida por sujetos privados, en concreto, por entidades privadas colaboradoras de la Administración. Y ello con independencia de si estas inspecciones se realizan bajo la responsabilidad de la Administración o bajo responsabilidad del empresario (sólo en este supuesto estaremos ante una manifestación de la autorregulación regulada). Vid. al respecto, DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, cit., 2005, p. 424.

<sup>408</sup> En la doctrina alemana, por todos, HEINE, *Accesoriedad administrativa en el Derecho penal del medio ambiente*, ADPCP n.º. 46, 1993, trad. De la Cuesta Aguado, p. 289; por la doctrina española GÓMEZ RIVERO, *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, cit., 2000, p. 17; y ACALE SÁNCHEZ, *Delitos Urbanísticos*, cit., p. 227.

violación de las normas administrativas y cuyo fin sería reforzar el cumplimiento de los estandartes jurídicos administrativos<sup>409</sup>; el segundo sistema (limitado o relativo) se configura como un Derecho penal relativamente dependiente en el que habría una concurrencia de injustos formales y materiales (un comportamiento no autorizado por el Derecho administrativo y una puesta en peligro de los bienes amparados)<sup>410</sup>; por último, el tercer sistema sería aquél en el que las normas penales son independientes de la norma administrativa. En este caso, las prescripciones normativas y los actos administrativos carecerían de relevancia penal y se criminalizaría por el desvalor del resultado o por el desvalor de la acción.

Pues bien posiblemente el legislador ha utilizado un tipo de accesoriedad *cuasi extrema* en relación con los delitos funcionariales que se estudian, lo cual creo que es inapropiado pues hubiera sido mucho más acertado fijar el sistema de accesoriedad relativa en donde quedase fijado mínimamente la necesidad no sólo de la realización de la acción típica, a través de la infracción administrativa, sino un complemento más que supusiese una puesta en peligro del bien amparado, al menos hipotéticamente. En la forma en que están tipificados estos delitos sólo bastará que la autoridad o el funcionario público informen (cuestión éste regulada por el Derecho administrativo) o resuelvan licencias (aspectos también administrativizados) contra lo dispuesto por la normativa administrativa (en sus diversos ámbitos comunitario, estatal o autonómico), en los sectores de la ordenación del territorio, el patrimonio histórico o el medio ambiente, para que la comisión del delito se produzca, siempre y cuando se haga dolosamente. Esto hace a estos tipos extremadamente dependientes de esta accesoriedad administrativa.

---

<sup>409</sup> En mi opinión un ejemplo claro de este tipo de accesoriedad sería el art. 319 CP en donde tanto en el apartado n°. 1 como en el 2, se toma como punto de arranque la ilegalidad administrativa. Basta que determinados sujetos lleven a cabo una construcción no autorizada en determinados suelos o una edificación no autorizable en suelo no urbanizable, para la comisión del delito. Aquí el ilícito penal viene a coincidir prácticamente con el ilícito administrativo.

<sup>410</sup> Como ejemplo de esta accesoriedad relativa estaría el 325.1 CP; en este tipo penal se exige un especial desvalor que acuñe su genuina seña de identidad al injusto penal que se describe como que “*puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas* “. Aquí se permite distinguir e identificar el injusto penal de las simples infracciones administrativas.



b) La cuestión prejudicial administrativa en el ámbito de los arts. 320, 322 y 329 CP.

Pese a ser esta una temática esencialmente procesal de enorme complejidad, es necesario hacer una somera y breve referencia a la misma y analizar el grado de repercusión que pudiera tener en estos delitos funcionariales específicos. El problema está en saber si los tribunales penales deben suspender las causas penales “ambientales” que tuviesen que juzgar en los supuestos en que juzgados o tribunales de lo contencioso-administrativo tuviesen pendientes de resolver cuestiones relativas a algunos de los elementos típicos de estos delitos funcionariales (v.gr. contrariedad normas urbanísticas, licencias, informe, singularidad de los edificios, actividades contaminantes etc.), siguiendo las pautas del art. 4 de la LECrim<sup>411</sup>, o por el contrario están capacitados para valorar *per se* dichos elementos resultantes de la accesoriedad administrativa existente en estos delitos.

Se trataría de evitar en este sentido la posibilidad de que dos órganos judiciales (uno vía penal y otro vía contencioso-administrativa) lleguen a versiones distintas respecto a un mismo hecho. En este sentido el TC en su sentencia de 47/1995 señalaba la conveniencia, y aún la necesidad, de que el pronunciamiento sobre la ilicitud por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa se erija en cuestión prejudicial devolutiva si la cuestión planteada *reviste especial complejidad*, si bien es cierto también que la STC 30/1996, de 26 de febrero, admitía dicho instituto sólo de forma excepcional.

Al respecto CARMONA SALGADO<sup>412</sup> afirma que la desmesurada actitud expansionista del vigente texto punitivo -entre los que se hallaría los delitos del Tit. XVI del Libro II CP- puede originar inevitables cuestiones prejudiciales devolutivas (o excluyentes), cuyo principal problema en la práctica jurisdiccional podría traducirse en el riesgo de que la naturaleza suspensiva y devolutiva de estas cuestiones llegara a convertirse en “regla general” en lugar de operar excepcionalmente, como debiera ser desde un punto de vista legal frente a las cuestiones no devolutivas, las cuales

---

<sup>411</sup> Art. 4 LECrim: “Sin embargo, si la cuestión prejudicial fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia, el Tribunal de lo criminal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquella por quien corresponda; pero puede fijar un plazo, que no exceda de dos meses, para que las partes acudan al Juez o Tribunal civil o contencioso-administrativo competente.

Pasado el plazo sin que el interesado acredite haberlo utilizado, el Tribunal de lo criminal alzará la suspensión y continuará el procedimiento”.

<sup>412</sup> CARMONA SALGADO, *DP PE* de Cobo del Rosal, 2ª. ed., 2005, p. 669.

constituyen la citada regla. Por ello esta autora muestra su preocupación por la subordinación del Derecho penal con otros ámbitos jurídicos y jurisdiccionales.

Por su parte, RODRÍGUEZ RAMOS<sup>413</sup> manifiesta lo errónea e impropia que es la alusión terminológica del art. 4 de la LECrim referida a que la cuestión prejudicial sea “determinante de la culpabilidad o inocencia” para estimarla devolutiva. Más bien deberá entenderse que la mencionada prejudicialidad ha de afectar a la “tipicidad o atipicidad” o lo que es lo mismo a la existencia o no de injusto penal. Sin embargo, este autor advierte que en muchos tipos delictivos la posibilidad de injusto penal requiere, como condición necesaria aunque no suficiente, que exista también una injusticia civil, administrativa o laboral, resultando inconstitucional por paradójico que un órgano de la justicia penal declare que existe dicha injusticia, mientras que un órgano de otro orden jurisdiccional afirme que no hay tal injusticia previa y necesaria para que pueda ser declarada la penal.

A su vez, GARCÍA DE ENTERRIA<sup>414</sup> entiende que en todos los delitos del Tit. XVI del Libro II del CP resultará aplicable la técnica de la prejudicialidad devolutiva aunque reconoce cómo en la práctica seguirá predominando el recurso habitual por parte del juez penal a dictámenes periciales, y consecuentemente habrá de tenerse en cuenta la prejudicialidad incidental (o no devolutiva)<sup>415</sup>.

En mi opinión, partiendo del contenido de la regla general del art. 3 de la propia LECrim<sup>416</sup> (prejudicialidad no devolutiva), habrá que inclinarse por la plena capacidad y autonomía del Derecho penal y del juez penal<sup>417</sup>. La jurisdicción penal, a la hora de juzgar los delitos *ambientales* funcionariales que nos interesan, no puede

---

<sup>413</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, *Secundariedad del Derecho Penal Económico*, Biblioteca jurídica de bolsillo nº. 47, Colex, p. 28.

<sup>414</sup> GARCÍA DE ENTERRIA, *La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delitos ante la doctrina del Tribunal Constitucional sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación*, en REDA, nº. 98, abril-junio 1998, pp. 242-243.

<sup>415</sup> Mucho más radical, y a su vez, en mi opinión, desacertado, es LÓPEZ RAMÓN, en *Aspectos administrativos de los delitos urbanísticos*, RDUyMA, nº. 151, Enero-Febrero 1997, p. 60, según el cual el art. 320 CP tiene conceptos como “informes favorables en proyectos de edificación” o “concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes”; estas cuestiones han de resolverse al amparo de lo establecido en el art. 4 LECrim., como cuestión prejudicial, y solo después, una vez despejada la incógnita, los Magistrados de lo penal podrán dictar sus pronunciamientos de culpabilidad o de inocencia.

<sup>416</sup> Art. 3 LECrim.: “Por regla general, la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extiende a resolver, para sólo el efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación”.

<sup>417</sup> En este sentido, ESCANILLA PALLÁS Y DE LA MATA BARRANCO, “*Conclusiones de la mesa redonda. La responsabilidad de los funcionarios ante los delitos urbanísticos en los Tribunales de Justicia*”, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, 1998, cit., pp. 245-248.

pender de lo que resuelvan órganos contenciosos administrativos entre otras cosas porque en el proceso penal se actúa aplicando esencialmente el Derecho penal y, desde luego, si el juzgador del delito tuviese que partir de premisas fijadas por otro juez (contencioso en estos casos) la finalidad del proceso penal, determinada por la teoría general del delito, quedaría desvirtuada e incluso indirectamente vendría a dejarse la consecuencia penal posiblemente a disposición de los particulares.

En este sentido la STS (Sala 2ª.) de 17-10-2006<sup>418</sup> es clara cuando en el punto 5 del Fundamento de Derecho Segundo afirma: “El Tribunal de instancia (Sección 2ª. de la AP de Almería) concede una inadecuada preeminencia a la resolución de la jurisdicción contencioso administrativa utilizándola como un obstáculo, casi insalvable, para la aplicación de las normas penales, lo que no corresponde a los criterios de prejudicialidad que establece nuestro sistema. El art. 10 de la LOPJ y el art. 133 de la LRJAP establecen la absoluta e indiscutible preeminencia de la jurisdicción penal. No obstante, esta prioridad nunca podrá dar lugar a una doble sanción administrativa y penal y, en caso de que concurriesen, la administrativa deberá ser anulada y dejada sin efecto”. En cualquier caso quizás hubiera sido conveniente la introducción dentro del CP español de un precepto similar al art. 111.5 del vigente Código penal francés<sup>419</sup>.

Téngase en cuenta que el *injusto* al que se refieren los arts. 320, 322 y 329 CP supone una conducta de ilegalidad patente, manifiesta y “grosera” por parte del funcionario público en su actuación administrativa y por tanto carecería de sentido exigir a la hora de juzgarse estos delitos la prejudicialidad administrativa devolutiva<sup>420</sup>.

## **1. Consideraciones previas en cuanto a los sujetos de los delitos analizados.**

El primer aspecto que habrá de detallarse no podrá ser otro que el relativo a las personas que pueden tener implicación en cada uno de los delitos estudiados. Por

---

<sup>418</sup> EDJ 2006/299608.

<sup>419</sup> Art. 111.5: “Los Jueces y Tribunales penales (franceses) son competentes para interpretar los actos administrativos, reglamentarios o individuales, y para decidir acerca de su legalidad cuando de este examen dependa la decisión del proceso penal que se les somete”.

<sup>420</sup> En este sentido, PRATS CANUT, Responsabilidad penal de las autoridades y funcionarios municipales en material ambiental, Cuadernos Jurídicos nº. 27, febrero 1995, p. 40

tanto, todo lo relacionado con esos sujetos debe ser el punto de partida del análisis. Los arts. 320, 322 y 329 CP no plantean dudas por lo que se refiere a los sujetos activos que sólo podrán serlo, a título de autor o coautor<sup>421</sup>, las autoridades y funcionarios públicos en tanto que estamos ante delitos especiales propios.

Sin embargo, surge en este aspecto la difícil problemática de la participación del no funcionario (*extraneus*) en los delitos cometidos por los servidores públicos en el ejercicio de sus cargos. Pese a que no podemos realizar aquí un análisis profundo de esta cuestión, que desbordaría el contenido de nuestra investigación, sí que es oportuno llevar a cabo algunas puntualizaciones. En este sentido conviene advertir que la jurisprudencia<sup>422</sup> viene admitiendo la participación del *extranei* en la ejecución de los delitos especiales propios, por lo que, en el caso de que exista alguna persona que no reúna la condición funcional, pero haya participado con alguno de éstos en la comisión de los delitos de los arts. 320, 322 y 329 CP, se le aplicarían con carácter general, las previsiones de los arts. 28 y 29 CP, relativas a la inducción y a la cooperación (necesaria o no necesaria)<sup>423</sup>. Por tanto, existirá una unidad del título de ejecución y concurrirá el principio de accesoriedad entre el autor y el partícipe<sup>424</sup>.

---

<sup>421</sup> La coautoría acontecerá en los casos de órganos colegiados cuando las autoridades o funcionarios públicos, contribuyendo con su voto a la conformación de la voluntad colectiva, hayan adoptado conjuntamente la resolución o licencia arbitraria.

<sup>422</sup> Vid., STS de 9-6-2007 (EDJ 2007/70167), en la cual se recordaba que “si bien el *extraneus* no puede ser autor de delitos especiales propios, como la prevaricación y la malversación, sí puede realizar, sin menoscabo del principio de legalidad, los tipos de participación-inducción y cooperación necesaria”.

<sup>423</sup> En el mismo sentido se pronuncia un amplio sector doctrinal. Vid. MESTRE DELGADO, en *DP PE*, coord. Lamarca Pérez, 4ª. ed., 2008, p. 602; MUÑOZ CONDE, *DP PE*, 16ª. ed., 2007, p. 957; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *ComCP.*, t. III, PE, 5ª. ed., dir. Quintano Olivares, p. 539; ORTS BERENGUER, *DP PE*, 2ª. ed., 2008, dir. Vives Antón, p. 664; y MARTÍNEZ ARRIETA, *ComCP*, t. 4, 2007, dir. Conde-Pumpido Tourón, p. 3015 y ss.

<sup>424</sup> Resulta de interés la propuesta de MONTANER FERNÁNDEZ en relación con el “auditor medioambiental”. Esta autora considera, en *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*, 2008, cit., p. 368, que la aplicación de la autoría como título de intervención del auditor medioambiental en el delito ecológico (art. 325 CP) es excepcional, puesto que aunque intervenga en la creación de un riesgo desaprobado para el medio ambiente, su relación de pertenencia con el hecho típico no es generalmente la más intensa: su *ámbito de competencia* en la actividad delictiva ecológico-empresarial está muy limitado.

Por lo general, sigue afirmando MONTANER FERNÁNDEZ, no se responsabilizará al ecoauditor como *autor mediato* del delito del art. 325 CP. Difícilmente podrá afirmarse que el auditor *instrumentaliza* al destinatario del informe (empresa). Las carencias de conocimiento de éste último normalmente son imputables a su propio ámbito de competencia. Sobre la base de la hipótesis de partida (auditor doloso/auditado o cliente bajo error) para llegar a esta conclusión se han planteado las siguientes combinaciones de casos:

- a) *Auditor externo* que, habiendo auditado una actividad, área etc. de la empresa, *crea o se aprovecha del error de su cliente*, siendo éste el destinatario inmediato del informe de auditoría.
- b) *Auditor interno* que, habiendo auditado una actividad, área etc. de la empresa, *se aprovecha del error del auditado y, a su vez, crea el error de su delegante*.

Asimismo hay que indicar que cuando el Tribunal Supremo admitió la posibilidad de participación de *extraneus* en los delitos especiales propios, también interpretó la necesidad de considerar el art. 65 CP, aplicando una pena atenuada por la no condición de funcionario público del tercero participe. En este sentido fue sumamente aclaratoria la reforma del Código penal, llevada a cabo por la LO 15/2003, de 25 de noviembre (con entrada en vigor el 1 de octubre de 2004), que introdujo *-lex lata-* dicha atenuante a través del apartado tercero del citado art. 65 CP<sup>425</sup>.

Tampoco es posible eludir, dentro de lo que es la problemática de los sujetos de los arts. 320, 322 y 329 CP, la cuestión del sujeto pasivo, como titular o portador del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito. Esto tiene interés por estar ante unos bienes jurídicos colectivos como son la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y el medio ambiente. Al respecto habrá que concretar en qué personas recaerá la condición de sujeto pasivo.

## **2. Especial referencia al sujeto activo (autoridades y funcionarios públicos).**

Los delitos analizados son *delitos especiales propios* en el sentido siguiente: especiales porque sólo determinada clase de sujetos tiene acceso al bien jurídico protegido, y propios porque la condición de autoridad o funcionario -bien individualmente o bien como órgano colegiado- es determinante para la existencia del

---

Solamente será posible la responsabilidad del auditor como autor mediato cuando, siendo una auditoría muy específica, con la emisión dolosa de un informe falso cree o se aproveche del error en el que actúe el auditado y éste no tenga otros medios a su disposición para salir de esa situación de error. En estos supuestos excepcionales, su mayor conocimiento determina la orientación de la actividad del auditado y, por tanto, la decisión de mala gestión de la que se deriva el resultado delictivo, cae materialmente baja su ámbito de competencia.

Por tanto, en la mayoría de los casos, el título de responsabilidad del auditor medioambiental deberá reconducirse a las formas de participación (inducción/cooperación)

<sup>425</sup> El citado art. 65.3 CP establece que “cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relación personales que fundamenten la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción de que se trate”.

delito<sup>426</sup>. En estos delitos analizados, además de ser autoridad o funcionario público, ha de ser competente para informar, votar o resolver la concesión de la licencia en alguna de las tres materias que interesan. Cualquier otra persona que no tenga esa cualidad podrá tener algún tipo de participación en los mismos, pero no podrá ser considerado como autor. En este sentido, como se comprobó al hacer referencia a la elaboración de estos tipos penales, su redacción definitiva -hoy vigente-, sufrió un importante cambio concretándose como sujetos activos a las “autoridades o funcionarios públicos”, cuando en los textos prelegislativos discutidos siempre se hizo referencia, respecto a la conducta de informar, bien a los “*funcionarios facultativos*” bien a los “*funcionarios o facultativos* “. Por su parte, en lo que se refería al apartado segundo de cada una de estas figuras delictivas, se aludía a “*los miembros del organismo otorgante*”.

Debe entenderse que las *autoridades* y los *funcionarios públicos*<sup>427</sup> son conceptos normativos reglados, cerrados<sup>428</sup> y no remisiones “en blanco” dada su definición jurídico-penal propia a través del vigente art. 24 del CP. Tienen un carácter autónomo respecto al concepto que se utiliza en el Derecho administrativo<sup>429</sup>. Esto debe comprenderse así ya que ambas ramas del Derecho persiguen fines bien distintos y basan su actividad en el principio de independencia<sup>430</sup>. Por tanto, cuando el legislador incluye una norma específica de carácter interpretativo -como es el art. 24 CP-

---

<sup>426</sup> Vid. al respecto de los delitos especiales propios, MIR PUIG, *DP PG*, 8ª. ed., 2008, pp. 227-228; RODRÍGUEZ MOURULLO, *DP PG*, 1ª. ed., pp. 269-270; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, *DP PG*, 7ª. ed., 2007, p. 259-260; LUZON PEÑA, *Curso de DP PG*, 1996, pp. 304-305.

Con referencia a esta clase de tipos específicos, Vid. GÓRRIZ ROYO, *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., p. 87; y MATELLANES RODRÍGUEZ que entiende, en *Medio ambiente y funcionarios públicos*, cit., p. 200, que en los arts. 320, 322 y 329 CP, por tratarse precisamente de delitos especiales propios, el carácter de “funcionario público” del sujeto activo se conecta con el injusto, en tanto que de no darse esa circunstancia “profesional” en el sujeto no hay injusto ni por tanto delito.

<sup>427</sup> En este sentido, habría sido suficiente que en los arts. 320, 322 y 329 CP se hubieran especificado como sujetos activos exclusivamente a los funcionarios públicos. Como acertadamente refiere FALCON CARO, en la *Responsabilidad penal del Funcionario*. Art. 329 CP, CPC. Nº. 66, 1998, pp. 678 y ss., no todo funcionario es autoridad pero sí toda autoridad es funcionario público. Por tanto, estos delitos analizados deberían referirse exclusivamente al “funcionario público” siendo innecesario el concepto “autoridad”.

<sup>428</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios a los arts. 11 y 24 CP*, en ComCP. Dir.: Rodríguez Mourullo. Coor.: Jorge Barreiro, 1997, pág. 158.

<sup>429</sup> Respecto a este carácter *autónomo* del concepto de funcionario público, vid., por todas, SSTs de 13-3-1992 (EDJ 1992/2455), 12-5-1992 (EDJ 1992/4650) y 28-2-2003 (EDJ 2003/6569).

Igualmente, como afirma HERNÁNDEZ ALONSO, en *Prevaricación específica de funcionario público en el área medioambiental*. APen, nº. 9, 1999, t.I, pág. 189, el Derecho penal utiliza los conceptos de funcionario público y autoridad en un sentido más amplio que el Derecho administrativo. El art. 24 CP utiliza la expresión “se considerará funcionario público” y no la de “son funcionarios públicos”

<sup>430</sup> PRATS CANUTS, *Responsabilidad penal de las autoridades y funcionarios municipales en materia ambiental*, en Cuadernos Jurídicos nº. 27, 1995, p. 33.

que expresa qué es lo que se quiere decir al mencionar estos conceptos (autoridad y funcionario público), está integrando una norma funcional con la que se trata de marcar el camino por el que ha de discurrir el análisis de los distintos preceptos de la PE<sup>431</sup>.

Con la aprobación definitiva de las redacciones vigentes en los arts. 320, 322 y 329 CP el legislador quiso restringir el sujeto activo de manera muy significativa a tan sólo las personas que tuviesen la cualidad de autoridad o funcionario público “administrativo”. Sin embargo, parece claro que haya de restringirse la autoría de estos delitos a tan sólo este tipo de funcionarios *ambientales*, excluyendo a los de rango judicial. Es impensable que un juez o un representante del ministerio fiscal (que obviamente son funcionarios-autoridades) puedan llevar a cabo, en el ejercicio de sus funciones, alguna de las conductas de los arts. 320, 322 ó 329 CP<sup>432</sup>.

No obstante, conviene advertir que lo que caracteriza a las autoridades y funcionarios públicos es precisamente una real participación en el ejercicio de la función pública. No es posible desvincular a estos sujetos de tal concepto en cuanto es su *leitmotiv*. En este sentido, se puede afirmar, de acuerdo con OCTAVIO DE TOLEDO<sup>433</sup>, que al legislador penal lo que le interesa no son tanto los delitos que los funcionarios

---

<sup>431</sup> Como afirma MATELLANES RODRÍGUEZ, en *Medio ambiente y funcionarios públicos*, cit., pp. 205 y 208, lo que importa al Derecho penal en relación con las autoridades y los funcionarios públicos no es el afán de sujetarlos a una criminalización por el hecho de serlo, sino porque cometen delitos con ocasión de su condición. Por el contrario, al Derecho administrativo lo que le importa es el *status* que los mismos asumen como miembros de la Administración pública.

<sup>432</sup> En este sentido OCTAVIO DE TOLEDO afirma, en *Un ejemplo de norma jeroglífica: el art. 329 CP. Algunas cuestiones (y ciertas respuestas) sobre consumación, tentativa, autoría, participación y penas referidas al art. 329 CP (y figuras afines)*, RP, 2000, nº. 3, págs. 17, 18, 19, que el 329.1 CP en ningún caso puede ser cometido por los jueces. Por su parte el art. 329.2 CP podría ser cometido teóricamente por los jueces -individualmente o como miembro colegiado de un tribunal- vía recursos contenciosos administrativos a través de sus votaciones o resoluciones tendentes a dictar sentencias relativas y resolutorias respecto a las concesiones de las licencias referidas en el art. 329-2. Sin embargo, el hecho de que en los arts. 320, 322 y 329 CP se refiera tan sólo al art. 404 CP, y no al art. 446.3 CP sobre prevaricación judicial, hace entender que haya de excluirse esa tipicidad específica respecto a los miembros de la carrera judicial.

Este autor sigue afirmando que no se comprende -por incongruente- que cuando la supuesta prevaricación judicial afecte de igual modo a “los recursos naturales y al ambiente” como la prevaricación administrativa, la pena a imponer al autor funcionario de la prevaricación administrativa sería superior a la del juez que realizara “prevaricación judicial ambiental”: en efecto, al funcionario administrativo o autoridad administrativa se le impondría la pena del 329.2 (la del art. 404, más la específica del art. 329 CP), mientras que al juez sólo se le castigaría por la pena del 446.3 (que es superior a la del art. 404 CP, en cuanto a la inhabilitación especial, pero que no conlleva pena de privación de libertad). Asimismo en la “prevaricación judicial ambiental” cabría la forma imprudente mientras que en la “prevaricación administrativa ambiental” del art. 329.2 CP, no cabría.

<sup>433</sup> Como indica OCTAVIO DE TOLEDO, en *La prevaricación del funcionario público*, cit., p. 155, con los delitos *funcionariales* (entre los que se incluirían los arts. 320, 322 y 329 CP) lo que se quiere proteger es la actividad del Estado, no al Estado directamente, es decir, la función pública, en cuanto se castiga su desempeño en contra de la voluntad estatal real.



públicos puedan cometer en cualquier sentido, sino aquellos que realizan con motivo del ejercicio de su función.

## 2.1 La función pública como elemento distintivo de los arts. 320, 322 y 329 CP.

La esencia del concepto de funcionario público (en el que ha de incluirse también a las autoridades), al que se refieren los arts. 320, 322 y 329 CP, es el de “su participación en funciones públicas”. Por tanto, es necesario tratar de definir lo que es la “función pública” para determinar su contenido, significado y alcance, lo que ha sido desde siempre una cuestión compleja y problemática dentro del Derecho público.

En primer lugar hay que precisar que la determinación de unos datos o referencias comunes en la función pública se antoja casi imposible, máxime cuando cada vez, con más frecuencia, la función de la Administración pública se desenvuelve a través de sociedades mercantiles con capital público o incluso a través de las llamadas Entidades Colaboradoras de la Administración (ECAs)<sup>434</sup>, con la continua mezcla de lo público con lo privado<sup>435</sup>. En segundo lugar, en la actualidad, ni los propios “administrativistas” son capaces de ofrecer un concepto unitario del mismo que resulte válido, no ya para el Derecho penal, sino incluso para el Derecho administrati-

---

<sup>434</sup> Estas ECAs, cuyo carácter público es muy discutible a pesar de la clara función pública que desarrollan, tienen cada vez mayor relevancia en el ámbito de la supervisión y control del Estado en todo lo relacionado con el medio ambiente. Así La Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, de intervención integral de la Administración ambiental (derivada de la Directiva Comunitaria 1996/61/CE de Prevención y Control Integrados de la Contaminación-IPPC) remite toda la actividad inspectora y de control ambiental en el ámbito de tal Comunidad a dichas ECAs.

<sup>435</sup> En este sentido, PRATS CANUT señala, en *Actuación incorrecta del funcionario público y responsabilidad en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública*, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, 1998, cit., p. 104, que la reciente experiencia italiana de aparente laboralización de la función pública ha comportado una opinión mayoritariamente negativa por parte de la doctrina. Ésta entiende que no han solventado los problemas que se achacaba a la concepción funcional del ejercicio de la actividad pública. Por el contrario, se han multiplicado los problemas fruto de esta concepción laboral de la función pública. Habría que destacar, y no es cuestión baladí, por un lado, el notable incremento de la designación discrecional de los empleados públicos y de otro lado, una radical separación entre *dirección política* y *ejecución de la actividad administrativa*, lo cual ha redundado en la creación de una auténtica “aristocracia funcional”.



vo. En este sentido la doctrina penal española mantiene diversas posiciones bien diferenciadas respecto a lo que ha de entenderse por *función pública*. Así QUERALT JIMÉNEZ<sup>436</sup> mantiene un criterio funcional entendiendo que la diferencia entre funciones públicas y privadas ha de ser formal. Si la actividad del ente público de que se trate está sometida a Derecho privado, será esa una actividad privada; si está sometida a Derecho público será una función pública. Por tanto, quienes presten sus servicios en una entidad sometida a Derecho público serán funcionarios públicos a efectos penales, independientemente de que su régimen estatutario de persona no sea público. Por su parte, CASAS BARQUERO<sup>437</sup> Y MUÑOZ CONDE<sup>438</sup> atienden a un criterio teleológico y definen la función pública como la proyectada al interés colectivo o social, al bien común y realizada por órganos estatales o paraestatales. Asimismo, VALEIJE ÁLVAREZ<sup>439</sup> -en una interesante posición que se irá desarrollando en este epígrafe- afirma que por función pública, desde el punto de vista penal, ha de entenderse aquello que abarque a todos los entes instrumentales de la Administración y con independencia de cual sea el régimen jurídico que disciplina las actividades desempeñadas. Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, desde antaño, y bajo la vigencia del derogado art. 119 del ACP, al examinar el alcance de la función pública, ha destacado primero la precisión de investigar, a efectos penales, las finalidades de los actos que deban considerarse constitutivos de la mencionada función<sup>440</sup>. Dichas finalidades han de ser públicas, es decir, proyectadas al bien común o interés general, al interés colectivo o social<sup>441</sup>. Por último, VIVES ANTÓN<sup>442</sup>, partien-

---

<sup>436</sup> QUERALT JIMÉNEZ, *Concepto penal de funcionario público*, CPC, nº. 27, 1985, p. 482; y más actualmente *DP español PE*, 5ª. ed. 2008, p. 1052.

<sup>437</sup> CASAS BARQUERO, *Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el CP español*, DJ Julio-Sept. 1978, p. 217.

<sup>438</sup> MUÑOZ CONDE, *DP PE*, 16ª. ed. 2007, p. 955.

<sup>439</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, *Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionarios públicos, función pública y personas que desempeñan una función pública*, CPC, nº. 62. 1997, p. 479.

<sup>440</sup> DEL TORO MARZAL, *Comentario al art. 119 CP*, en ComCP de Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo, t. II, 1976, p. 732.

<sup>441</sup> En este sentido la STS de 23-4-1973 (Ref. Ar. 1772) entendía que la función pública se determinará “por el interés servido, por la tendencia y finalidad de los actos realizados para conseguir actividades públicas y no privadas, dirigidas al bien común y desde dentro de un órgano estatal, provincial o corporativo de igual condición pública”.

Igualmente la STS de 20-1-1978 (Ref. Ar. 81) consideró que había de entenderse por función pública la que se desenvuelve por el Estado o Corporaciones públicas en beneficio de la Comunidad y en cumplimiento de los fines que le están atribuidos.

Para la STS 13-6-2003 (EDJ2003/92840), el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación, implica:

1º) El servicio prioritario a los intereses generales;  
2º) El sometimiento pleno a la Ley y al Derecho,

do del análisis jurisprudencial, estima que el carácter de función pública viene atribuido por la concurrencia, en la actividad concreta, de un triple elemento: 1) elemento subjetivo (la función pública debe ser llevada a cabo por un ente público); 2) elemento objetivo (la función pública debe realizarse mediante actos sometidos al Derecho público); y 3) elemento teleológico (en la función pública deben perseguirse fines públicos), el cual juega un último papel delimitador: la ausencia de una finalidad pública puede privar de tal carácter a la función y, en consecuencia al funcionario.

Sobre esta cuestión se pueden adoptar dos grandes posicionamientos; o bien entender que función pública es equivalente a Derecho administrativo, asumiendo las inevitables consecuencias de la “privatización” de cierta organización de la Administración que quedaría al margen de la responsabilidad penal; o bien entender la “función pública” como concepto penal autónomo separado del Derecho administrativo, que en mi opinión, siguiendo la doctrina penal mayoritaria, es la acertada y la que debería seguirse. Ahora bien, a la hora de dar contenido a este concepto ha de hacerse con el rigor y la taxatividad necesaria que debe presidir la interpretación de los tipos penales.

---

y 3º) La absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 CE). Por ello la sanción de la prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho.

En la misma línea, la STS de 6-11-2006 (EDJ 2006/337/352), en cuyo Fundamento de Derecho treinta y tres, se sigue manteniendo una posición amplia del requisito esencial de “participación en el ejercicio de funciones públicas”. En efecto, se afirma que “la determinación de la función pública exigirá la existencia de un órgano estatal que realice un acto que consiga finalidades públicas, y no privadas, y dirigidas al bien común. Desde esa perspectiva, la Jurisprudencia ha considerado como funciones públicas, las que afectan a la cultura, a la Hacienda pública, a la enseñanza, justicia, comunicaciones, agricultura, abastecimientos, vivienda, etc., y, consecuentemente, funcionarios públicos, a quienes desarrollan funciones del Estado, en un sentido amplio”. Y continúa diciendo: “Para una correcta determinación del carácter público de la actuación ha de partirse, necesariamente, de la concurrencia de una finalidad dirigida a satisfacer los intereses generales, el criterio teleológico al que hemos hecho referencia con anterioridad, esto es, a las potestades de la administración, legislativa, jurisdiccional y ejecutiva, y dentro de éstas las dirigidas a la satisfacción del bien común, enseñanza, justicia, hacienda, fomento, comunicaciones, seguridad, agricultura, sanidad, abastecimientos, etc.. Criterio que ha de ser delimitado, a su vez, por el requisito subjetivo, en cuya virtud el órgano del que emane sea público, y otro objetivo, por el que se exige que la actividad sea regida por normas de carácter público, aunque la relación entre el sujeto que la realiza y el órgano pueda ser regulada por normas no públicas”. Precisamente por todo esto consideró que “pese a la condición que los recurrentes señalan de “personal eventual”, el Director-conservador del parque natural era funcionario público a los efectos de aplicación del Código Penal, pues había sido nombrado por autoridad competente y, según la normativa de su función, Ley 11/94 de la Comunidad Autónoma de Valencia, tenía entre sus funciones la adopción de decisiones relativas a la gestión del espacio natural protegido que no correspondan a otros órganos (art. 49) lo que atribuye al Director funciones de naturaleza pública en ejecución de actuaciones de naturaleza pública de protección del medio ambiente”.

<sup>442</sup> Vid. VIVES ANTÓN, *Detenciones ilegales*, en La detención: Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes, de Vives Antón/Gimeno Sendra, 1977, p. 51-52.

En la línea citada, y siguiendo a VALEIJE ÁLVAREZ<sup>443</sup>, la expresión *función pública* debe entenderse como sinónima del conjunto de intereses de cuya tutela o prestación se hace cargo el Estado, ya sea directamente o indirectamente a través de actos de delegación: es toda aquella actividad material o jurídica imputable al Estado. Lo esencial de la función pública debe ser la *titularidad de la actividad o función*, siendo accidental la forma concreta de gestión<sup>444</sup>. A esta conceptualización se llega precisamente partiendo de los principios plasmados en el propio texto constitucional. En efecto, si la CE impone a la Administración una serie de deberes inexcusables que vinculan su actuación al servicio de los intereses generales, debe igualmente prestarse protección penal a ese servicio, cualquiera que sea la personificación jurídica que aquél (servicio administrativo) adopte. En este sentido no se puede olvidar que el funcionario público que tiene competencias en materias como medio ambiente, patrimonio histórico u ordenación del territorio desempeña una función pública puesto que tienden al bien común, interés colectivo o social, debiendo satisfacer, por tanto, esas necesidades; y por eso cuando cualquier funcionario o autoridad que realiza conscientemente cualquier acto de manera irregular contra el interés colectivo (p.ej. informando o concediendo licencias *ambientales* ilegalmente) lo que está haciendo es atacar en sí mismo a la función pública (aparte de los intereses *ambientales* correspondientes).

El problema práctico que se plantea a la hora de interpretar el artículo 24 CP, en lo que se refiere a la exigencia de que el funcionario ejerza funciones públicas, se puede sintetizar en el siguiente interrogante: ¿debe interpretarse la función pública desde el punto de vista penal en un sentido restringido, englobando tan sólo la actividad pública de corte tradicional, es decir, sólo a la contemplada en normas de Derecho público (concepción administrativista de la función pública) o, por el contrario, ha de entenderse una interpretación más amplia incluyéndose todas y cuantas actividades viene desempeñando el Estado contemporáneo, incluyendo, por tanto, las actividades de las sociedades mercantiles en manos públicas o, incluso, las Enti-

---

<sup>443</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, *Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionarios públicos, función pública y personas que desempeñan una función pública*, CPC, n.º. 62, 1997, pp. 473-474.

<sup>444</sup> Por tanto, serían funciones públicas todas las actividades que desempeñan las empresas públicas en su dimensión de técnica de organización para el ejercicio de tareas que el ordenamiento de una comunidad, y en un momento dado, atribuyen a la Administración. Es decir, no se limitaría a los servicios públicos, sino a toda actividad que la ley atribuya competencia a la Administración pública.

dades Colaboradoras de la Administración, ECAs?. En lo que atañe a este trabajo, a los efectos de interpretar los arts. 320, 322 y 329 CP, esta interrogante sólo deberá afectar a las conductas consistentes en el común “*informar favorablemente*” o la específica de “*silenciamiento en las inspecciones*” (del art. 329 CP), ya que el hecho de *conceder licencias*, personal o colectivamente (segunda conducta típica de estos delitos), son siempre -hoy por hoy- competencia de la propia Administración pública en cuanto tal, y si delega la concesión, lo hace a favor de otro órgano administrativo regulado por normas de derecho público (como p. ej. son las Comisiones delegadas de los Ayuntamientos). En efecto, es previsible que cualquier Administración Pública (Ayuntamientos, Comunidades Autónomas etc.) creen sociedades mercantiles “públicas” de asesoramiento tendentes, entre otras cosas, a informar la concesión de licencias relativas a los supuestos plasmados en los arts. 320, 322 y 329 CP. En este caso -al igual que ocurre respecto a las *inspecciones* que pueden llevar a cabo las llamadas ECAs- sus operarios carecen de la condición de funcionarios públicos, y muy difícilmente podrán ser imputados<sup>445</sup> como autores por alguno de estos delitos analizados, pese a que sí estarían desarrollando la función pública a la que se refiere el art. 24 CP. De esto se deduce que “funcionario público” y “función pública” son conceptos que han de ser diferenciados, ya que mientras que el funcionario siempre realiza funciones públicas, éstas pueden ser realizadas por personas que no reúnan esa condición funcionarial. Esto último no puede confundirse con el hecho de que los *informes favorables* procedan de entidades completamente privadas y sin conexión alguna con lo público, en cuyo caso, no cabría decir que desarrollan funciones públicas.

Así pues, esta noción *autónoma* de lo que debe considerarse como “función pública” tiene sus repercusiones en la esfera penal, puesto que dilata el campo de tutela y, por tanto, el círculo de sujetos que podrían incurrir en alguna de las conductas de los arts. 320, 322 y 329 CP, de tal forma que podría incriminarse tanto a los que son realmente funcionarios públicos como, en su caso, a otras determinadas personas que desempeñen funciones públicas<sup>446</sup>, cuestión ésta a la que también habrá que referirse cuando se haga mención a los funcionarios públicos.

---

<sup>445</sup> En tal sentido, PRATS CANUT/MARQUES I BANQUÉ/MORÁN MORA, *El Derecho penal ambiental y Derecho comunitario. La Directiva IP*, 2002, p. 177.

<sup>446</sup> En este sentido VALEIJE ÁLVAREZ considera, en *Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionarios públicos, función pública y personas que desempeñan una función pública*, CPC, nº. 62.

## 2.2 Concepto de Autoridad. Requisitos. (Art. 24-1 CP).

Una vez analizado que los sujetos activos de los arts. 320, 322 y 329 CP son personas que ineludiblemente han de desempeñar funciones públicas en favor del interés de la comunidad, convirtiéndose esta cuestión en punto de referencia obligado de sus acciones, es el momento de proceder a detallar el alcance de los sujetos (autoridades y funcionarios públicos) a los que se refieren dichos artículos. El concepto normativo se halla reglado en el art. 24 CP<sup>447</sup>, el cual adopta básicamente los criterios del art. 119 CPA. Las únicas diferencias entre ambos es que en el actual art. 24 CP se incluye como “autoridad” a los miembros de las asambleas legislativas (europea, estatal y autonómica), sustituyéndose el término “individuo” -del art. 119 CPA- por el de “miembro” actualmente vigente, e incorporándose asimismo junto a la expresión “alguna Corporación o Tribunal” la referencia a “órgano colegiado”<sup>448</sup>. Igualmente habrá de entenderse que cuando se utiliza la formula “se reputará” en el citado art. 24 CP lo que el legislador pretende no es definir lo que es *autoridad* sino simplemente dar unos criterios interpretativos (reglas) respecto a su alcance para las necesidades del propio Código penal en la PE<sup>449</sup>.

La condición de autoridad se adquiere por nombramiento o por elección según las disposiciones vigentes en cada momento, perdiéndose al cesar; por tanto, tiene un carácter de temporalidad en contra de lo que acontece con el funcionario públi-

---

1997, p. 498, que por “sujeto que desempeña funciones públicas” ha de entenderse a aquél que, sin estar integrado en la organización burocrática del Estado, desempeña alguna actividad formalmente privada que goza de una especial eficacia reconocida por el Derecho o que se ejerce haciendo uso de potestades que, en principio, sólo corresponden a los poderes públicos.

<sup>447</sup> Según tal precepto 24.1: “A efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal”.

<sup>448</sup> Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios a los arts. 11 y 24 CP*, en ComCP, Rodríguez Mourullo/Jorge Barreiro, 1997, pág. 157.

En este sentido, tanto POLAINO NAVARRETE, en *Delitos contra la administración pública (I). Prevaricación. Nombramiento ilegal. Aceptación de nombramiento ilegal*, en Curso de DP español PE, 2ª. ed., t.II, 1997, dir. Cobo del Rosal, p. 273, como MATELLANES RODRÍGUEZ, en *Medio ambiente y funcionarios públicos*, cit., p. 267, critican la deficiente enumeración de órganos colegiados contenidos en este art. 24 CP, propugnando como más acertada la formula “corporación, tribunal o cualquier otro órgano colegiado”. Es más, MATELLANES es partidaria de la desaparición de la alusión expresa a los tribunales y corporaciones y la simple referencia a la actuación de “por sí solo o como miembro de cualquier órgano colegiado”, pues con ello quedarían suficientemente abarcadas todas las hipótesis.

<sup>449</sup> DEL TORO MARZAL, *Comentario al art. 119 CP*, en ComCP de Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo, t. II, cit., pág. 726.

co<sup>450</sup>. Lo que caracteriza a la autoridad como funcionario público es la ostentación de mando y el ejercicio de jurisdicción propia, teniéndose que incidir una vez más, dada su trascendencia, que su acción tiene que ir dirigida al ejercicio de funciones públicas. No es concebible la idea de “autoridad” que no ejercite funciones públicas.

Por “mando” debe entenderse la potestad de reclamar obediencia, o lo que es lo mismo, situación jerárquica de quien puede exigirla<sup>451</sup>, lo que supone que la persona que ejercita la autoridad debe sentir su peculiar dimensión<sup>452</sup>. Ahora bien, la desatención de los mandatos emanados de la autoridad por parte de los funcionarios o de los ciudadanos no supone tanto el ejercicio de una coerción física como de coerción jurídica a través de la puesta en conocimiento de la autoridad judicial de dicha circunstancia.

Por otra parte, como afirma QUERALT JIMÉNEZ<sup>453</sup>, el mando de la autoridad debe quedar reducido al ámbito de la *relación jurídica*, pues no se concibe que alguien tenga “mando” sobre otro sujeto de modo general, salvo que la ley lo prevea expresamente. Al mismo tiempo el “mando” debe suponer un título individual, no colectivo, aunque el sujeto se halle incluido en un organismo colegiado; así se desprende de las expresiones “al que por sí solo o como miembro de alguna Corporación o Tribunal” establecidas en el art. 24-1 CP<sup>454</sup>.

Por su parte “ejercicio de jurisdicción” supone principalmente dos cosas; 1) que la autoridad ha de tener la facultad de disposición para conocer e impulsar los asuntos que por razón del cargo tiene encomendados por el ordenamiento jurídico<sup>455</sup> con un auténtico poder directivo; y 2) que la autoridad ostenta plena potestad de “juzgar” estos asuntos que le han sido sometidos a su consideración y plena competencia para resolverlos, todo ello desde el punto de vista administrativo, debiendo aplicar el Derecho objetivo<sup>456</sup>. Esta jurisdicción ha de ser “propia” en el sentido de que no podrá considerarse “autoridad” un funcionario público que haya recibido la *facultad* de

---

<sup>450</sup> DEL TORO MARZAL, *ob. ult. cit.*, p. 745.

<sup>451</sup> OLAIZOLA FUENTES, *Concepto de funcionario público a efectos penales*, en *Delitos contra la administración pública*, 1997, cit., p. 83.

<sup>452</sup> DEL TORO MARZAL, *ob. ult. cit.*, p. 746.

<sup>453</sup> QUERALT JIMÉNEZ, *El concepto penal de funcionario público*, CPC n.º. 27, 1985, pp. 494-497.

<sup>454</sup> DEL TORO MARZAL, *ob. ult. cit.*, p. 746.

<sup>455</sup> FALCON CARO, *Responsabilidad penal del Funcionario. Art. 329 CP*, CPC, n.º. 66, 1998, p. 678.

<sup>456</sup> Vid. GÓRRIZ ROYO, *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., p. 102; GONZÁLEZ CUSSAC, *El Delito de prevaricación de Autoridades y Funcionarios Públicos*, 2ª. ed., cit., p. 101; y QUERALT JIMÉNEZ, *El concepto penal de funcionario público*, CPC, n. 27, 1985, p. 498 y también en *DP español PE*, 5ª. ed. 2008, p. 1058.

resolver asuntos de otra superior a quien la ley se la ha atribuido previamente<sup>457</sup>. Es decir, que cuando se ejerce la autoridad por *delegación*, lo cual es frecuente en la esfera administrativa, no se es autoridad a efectos penales. Sin embargo, si el delegado ya posee por sí el carácter de autoridad (subdelegados del gobierno p. ej.), no se convierte por el hecho de la delegación en agente de aquélla: prevalece su carácter propio y originario<sup>458</sup>.

Conviene también hacer una referencia a la idea recogida en la nueva redacción del art. 24-1 CP relativa a los “miembros de una corporación, tribunal u órgano colegiado”. En lo que aquí interesa -arts. 320, 322 y 329 CP- se debe hablar de los miembros de las Corporaciones locales, es decir, los concejales. Como bien se sabe éstos sí que pueden tener competencias para la concesión de licencias urbanísticas o relativas a actividades contaminadoras. Históricamente la jurisprudencia, bajo la vigencia del art. 119 CPA, no consideró que los tenientes de alcalde y los concejales fuesen autoridades, aunque sí funcionarios públicos<sup>459</sup>.

Sin embargo, con la entrada en vigor del art. 24 CP, en la que expresamente se considera autoridad a los miembros de una corporación, y la modificación habida respecto al art. 551.2 CP<sup>460</sup> a través de la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, es incuestionable que estos sujetos (los concejales) han de tener la consideración de “autoridad”. Al respecto conviene añadir que si bien los concejales que forman Gobierno en las Corporaciones locales reúnen los requisitos de mando y jurisdicción propia intrínseco a la condición de autoridad, es muy dudoso, que los que forman parte de la oposición municipal en los ayuntamientos ostenten dicha cualidad (mando y jurisdicción propia); sin embargo por imperativo legal deberán ser considerados como “autoridades” a efectos penales.

Por último, considero que interesa hacerse referencia a otro tipo de Corporaciones de Derecho público, como son los Colegios profesionales. A este respecto los

---

<sup>457</sup> PRATS CANUT, *Actuación incorrecta del funcionario público y responsabilidad en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública*, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, 1998, cit., p. 107.

<sup>458</sup> QUERALT JIMÉNEZ, *DP español PE*, 5ª. ed. 2008, p. 1058.

<sup>459</sup> Por todas, SSTs de 8-10-1990 (EDJ 1990/9077) y 12-5-1992 (EDJ 1992/4650).

<sup>460</sup> El vigenete art. 551.2 CP estipula: “2. No obstante lo previsto en el apartado anterior, si la autoridad contra la que se atentare fuera miembro del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones locales, del Consejo General del Poder Judicial o Magistrado del Tribunal Constitucional, se impondrá la pena de prisión de cuatro a seis años y multa de seis a doce meses”.



Decanos de los mismos deben tener la consideración de “autoridad”. Así lo ha declarado expresamente la STS nº. 1310/2002, Sala 2ª. de 9-7-2002<sup>461</sup>. Esta sentencia venía a reconocer expresamente que estas personas no sólo ejercen mando y tienen potestad sancionadora, sino que forman parte de una Corporación que ejerce “potestades públicas”. En este sentido, utilizando los mismos criterios, y especialmente por lo dispuesto en el art. 24.1 CP, habría que extender la consideración de *autoridades* a todos los miembros de las juntas de gobierno de los colegios profesionales como corporaciones de Derecho público que son, siempre que tuvieren mando y jurisdicción propia dentro de la misma. Asimismo podría entenderse que se desvanece la afirmación reiterada por la doctrina en el sentido de considerar que toda autoridad es funcionario ya que aquí tanto los Decanos como los miembros de las Juntas citadas solo podrían entenderse que son autoridades pero no funcionarios públicos. Sin embargo, esto podría no ser así, puesto que el título de funcionario público también puede devenir “por elección” (siempre que participen en el ejercicio de funciones públicas), y no olvidemos que todos los puestos o cargos de Gobierno de los Colegios profesionales (Juntas de Gobierno) son electivos democráticamente<sup>462</sup>. Esto tiene su trascendencia, a los efectos que interesan, pues estos sujetos, por encargo de organismos públicos y oficiales, podrían ser los que realizasen los informes a los que se refieren los artículos 320, 322 y 329 CP, aunque en este sentido lo esencial es detallar si realmente los Colegios profesionales participan o no en *funciones públicas*.

### 2.3 Concepto de Funcionario público (art. 24.2 CP ).

De la misma forma que el art. 24.1 CP estipula lo que ha de entenderse por “autoridad”, en su apartado segundo<sup>463</sup>, fija los parámetros sobre los que debe asentarse

---

<sup>461</sup> EDJ 2002/27816.

<sup>462</sup> En efecto, el art. 36 CE exige que la estructura interna y el funcionamiento de los Colegios Profesionales sean democráticos.

<sup>463</sup> El art. 24.2 CP establece: “Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.



el término “funcionario público“. Se establece así, un concepto autónomo penal<sup>464</sup>, bien diferenciado de lo que es el funcionario público a nivel de Derecho administrativo<sup>465</sup>. Penalmente este elemento normativo es más amplio, ya que todo funcionario en sentido administrativo lo es en sentido penal, pero no a la inversa.

La determinación de si alguien es funcionario público, penalmente hablando, se rige por su relación con la función. Por tanto, las condiciones personales o subjetivas del funcionario (como pudieran ser relaciones de servicio, retribución, situación en escalafón etc.) se hallan al margen de aquella participación en las funciones públicas<sup>466</sup>. Hay que considerar que al legislador penal no le interesa tanto la “calificación jurídica“ que merezca el desempeño de un trabajo o responsabilidad en la Administración, como el hecho de que un sujeto intervenga en el funcionamiento de la misma, dependiendo de él el correcto desempeño del servicio público. Lo que realmente interesa en el Derecho penal es la especialidad que desempeña el funcionario público<sup>467</sup>. Igualmente hay que señalar que a pesar de que ambos participan en las funciones públicas existe una clara distinción entre lo que es el funcionario de lo que supone la autoridad, ya que aquél carece tanto de mando como de jurisdicción propia tan característico de este último.

Podría parecer también que cuando el legislador introduce el art. 24.2 en el CP (o en el art. 119 CPA) queda reflejada una norma en cierta medida vaga e incierta<sup>468</sup> respecto a lo que debe entenderse por funcionario público, que iría claramente en contra del principio de certeza. Respecto a este punto, la doctrina ha mantenido diferentes posiciones sobre la naturaleza jurídica que debe darse a esta norma y, por tanto, a la idea de funcionario público. La primera de ellas vendría representada,

---

<sup>464</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios a los arts. 11 y 24 CP*, en ComCP, dir. Rodríguez Mourullo. Coor. Jorge Barreiro, 1997, p. 160.

<sup>465</sup> El concepto administrativista de funcionario público viene definido en los arts. 1, 3, 4, 5 y 7 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (Ley 315/64, de 7 de febrero). Según OLAIZOLA FUENTES, en *Concepto de funcionario público a efectos penales*, en Delitos contra la administración pública, 1997, cit., p. 78, esta concepción administrativa del funcionario exige 3 requisitos que son : a) La incorporación o incrustación a la Administración pública; b) Los servicios que el sujeto presta a la Administración pública deben ser retribuidos y profesionales; y c) La Ley de Funcionarios del Estado exige que la relación existente entre la Administración y el sujeto sea regulada por el Derecho administrativo, considerando *trabajadores* a los sujetos contratados por la Administración en régimen de Derecho laboral.

<sup>466</sup> DEL TORO MARZAL, *Comentario al art. 119 CP*, ComCP de Cordoba Roda/Rodríguez Mourullo, t. II, p. 733.

<sup>467</sup> OLAIZOLA FUENTES, *ob. ult. cit.*, p. 77.

<sup>468</sup> En tal sentido, MATELLANES RODRÍGUEZ, *Medio ambiente y funcionarios públicos*, cit., p. 210.

principalmente, por QUERALT JIMÉNEZ<sup>469</sup>, según la cual el término funcionario público está utilizado en el CP simplemente como un término, sin que pueda considerarse un concepto normativo, es decir, como el objeto de una definición o concepto mismo, ya que el legislador emplea el término en el sentido usual del idioma, sin mayores pretensiones que las de la comunicación de un pensamiento. Por su parte, DEL TORO MARZAL<sup>470</sup> entiende que estamos ante un supuesto de norma de interpretación *contextual auténtica*, pues con el art. 24.2 CP se indica al juzgador lo que debe entender por funcionario público, ampliando significativamente el campo de aplicación penal del término e indicando que debe dejar de lado la idea de que sólo los funcionarios “administrativos” pueden realizar los delitos insertados en el CP en los que se establece como sujeto activo o pasivo al funcionario, y que, por tanto, debe incluirse dentro de aquel concepto a otros sujetos que estando a disposición del Estado tienen a su cargo el ejercicio de funciones o servicios públicos. Por último, VAILEJE ÁLVAREZ<sup>471</sup> entiende que el art. 24.2 CP no tiene una finalidad lógica o epistemológica sino axiológica: el fin de esta norma es eminentemente práctico y no teórico. Su función se agota aclarando exclusivamente el significado del término “funcionario público“, es decir, la naturaleza interpretativa del precepto tiene solamente por objeto revisar la impropiedad del término usado por la ley, aclarando en qué sentido, genérico o específico, se ha utilizado. Esta disposición -sigue afirmando VAILEJE- no es una norma en cuanto interpreta, sino en cuanto *impone* una interpretación única -la auténtica- entre todas las que son admisibles.

Considero que la línea de esta última autora es la que deba seguirse. El citado art. 24.2 CP no aporta por sí mismo una noción penal del funcionario público, sino que lo que pretende es clarificar lo que interesa que sean los funcionarios públicos a los efectos penales, sin prejuzgar en absoluto otras concepciones. Sólo es posible saber quién es funcionario público en Derecho penal cuando se acude a una reinterpretación de cada uno de los términos en que se descompone el art. 24.2 CP. De esta forma en dicho precepto se integra una norma funcional con la que se trata de mar-

---

<sup>469</sup> QUERALT JIMÉNEZ, *El concepto penal de funcionario público*, CPC n.º. 27, 1985, p. 481 y también *DP español PE*, 5ª. ed. 2008, p. 1052.

<sup>470</sup> DEL TORO MARZAL, *ob. ult. cit.*, p. 726.

<sup>471</sup> VAILEJE ÁLVAREZ, *Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionarios públicos, función pública y personas que desempeñan una función pública*, CPC, n.º. 62, 1997, p. 445.

car el camino por el que ha de discurrir el análisis de los distintos preceptos de la PE<sup>472</sup>.

### 2.3.1. Análisis de los elementos normativos del funcionario público.

La condición de funcionario público se produce al concurrir las dos exigencias estipuladas en el artículo 24.2 CP: una, de tipo subjetivo o personal, consistente en la ostentación de título, el cual puede lograrse por disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente que produce una incorporación del sujeto a la actividad pública de manera personal; y otra, objetiva o de actividad, constituida por la “participación en el ejercicio de funciones públicas”, o lo que es lo mismo, intervención efectiva en las mismas con finalidad de que sus servicios sean de interés general o público y no privado<sup>473</sup>, es decir, ha de participar como ejecutor de las funciones que incumbe a la Administración dentro de las potestades que ostenta legalmente.

La ostentación de título es lo que habilita al funcionario público haciéndole partícipe en las funciones públicas; esto puede producirse de tres formas distintas:

1. Por disposición inmediata de ley. Esta expresión ha creado una enorme polémica doctrinal<sup>474</sup> y a través de la misma se está haciendo una referencia descriptiva respecto al acto del nombramiento de los funcionarios de carrera; alude a aquellas

---

<sup>472</sup> Vid. SSTs de 18-9-2006 (EDJ 2006/269939) y 10-12-2008 (EDJ 2008/272913).

<sup>473</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios a los arts. 11 y 24 CP*, en ComCP, Rodríguez Mourullo/Jorge Barreiro, 1997, pág. 160.

<sup>474</sup> En efecto, la polémica es antigua y se ha centrado en determinar qué ha de entenderse por “Ley”. Según un sector doctrinal esta voz ha de restringirse a la ley en sentido estricto, o lo que es lo mismo interpretar que dentro de esa expresión sólo tienen cabida aquellas leyes formales emanadas del Poder legislativo, no bastando que se declare en un reglamento o disposición de rango inferior. Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, *DP español, PE*, 18ª. ed., p. 1075; y QUERALT JIMÉNEZ, *DP español PE*, 5ª. ed. 2008, p. 1056.

Por el contrario, DEL TORO MARZAL, entiende, en *Comentario al art. 119 CP*, en ComCP de Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo, 1976, p. 735, que no puede identificarse “disposición inmediata de la Ley” con ley en sentido estricto ya que es obvio la dificultad de atribuirle el específico carácter de título de conexión o incorporación, por lo excepcional que resulta que una Ley adscriba a una sola persona con una función.

Por su parte la jurisprudencia viene constatando que la cualidad de funcionario viene siendo atribuida mediante todo tipo de normas de escala jerárquica, desde la Ley Orgánica, hasta la Orden ministerial. Vid. STS. de 28-3-2003 (EDJ 2003/6569).

personas que en virtud de un nombramiento legal desempeñan servicios de carácter permanente, figuran en las correspondientes plantillas y perciben sueldos o asignaciones fijas con cargo a las consignaciones de personal de los Presupuestos. Es una fórmula jurídica formal que contempla cómo un funcionario público constituye su relación con el Ente al que se incorpora, refiriéndose, por tanto, a la resolución u Orden ministerial que se publica en el BOE indicativa de un nombramiento legal<sup>475</sup>.

2. Por elección. Ésta consiste generalmente en el nombramiento hecho por votos para desempeñar un cargo o comisión. Suelen ser cargos electos de representación política como consecuencia del ejercicio de la soberanía popular y del derecho de sufragio activo y pasivo<sup>476</sup>, quedando aquí excluidas todas aquellas manifestaciones de elecciones que estén al margen de los procesos electorales democráticamente entendidos<sup>477</sup>. Esta elección no tiene por qué ser directa, sino que puede ser indirecta (secundaria o terciaria): así sucede, por ejemplo, con los alcaldes o tenientes alcalde en las Corporaciones locales, que ostentan claras competencias en cada una de las tres materias que nos afectan respecto a la elaboración de este trabajo (ordenación del territorio, patrimonio histórico y ambiente).

Ahora bien, aunque la identificación habitual de “elección” sea la de instrumento al servicio de la representación política, no se puede olvidar que es también el medio para entrar a formar parte de otros órganos colegiados sin tener exactamente tal característica y con funciones diferentes o *semipúblicas*; en este caso se plantea la cuestión de determinar si a través de este medio electivo se confiere también la condición de funcionarios a los miembros de ciertos colectivos que colaboran con la Administración, representando los intereses de un grupo social o de un sector de la sociedad determinado ( v.gr. los miembros de las Juntas de Gobierno de los Colegios profesionales)<sup>478</sup>. La cuestión es un tanto compleja, aunque sin duda el punto de partida para resolver esta problemática será indagar respecto a si estas Corporaciones de Derecho público desempeñan funciones públicas o simplemente tratan de regular el contenido y el ejercicio

---

<sup>475</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, *Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionarios públicos, función pública y personas que desempeñan una función pública*, CPC, nº. 62, p. 456.

<sup>476</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, *ob. ult. cit.*, p. 458.

<sup>477</sup> Vid. ZUÑIGA RODRÍGUEZ, *Libertad personal, y seguridad ciudadana. Estudio del tipo del injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público*, cit. p. 176.

<sup>478</sup> Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, *ob. ult. cit.*, p. 460.

profesional de sus correspondientes actividades con sus repercusiones en el interés general.

Por último, respecto a esta forma electiva de lograr la condición de funcionario, indicar lo importante que es que el derecho de sufragio se regule por ley. En este sentido, QUERALT JIMÉNEZ<sup>479</sup> considera que sólo podrán considerarse *válidas*, a los efectos penales, aquellas elecciones que estén reguladas por una norma de rango legal, que respecto a los supuestos del art. 81.1 de la CE, habrá de ser orgánica.

3. Por nombramiento de la autoridad. Esta modalidad de título por la que se accede a la condición de funcionario público -en el concepto jurídico-penal- tiene su razón de ser en los llamados puestos de libre designación de carácter eventual, sin derecho a plaza, que participan en funciones públicas; o lo que es lo mismo, personal de confianza política, cuyo sueldo no tiene por qué derivar directamente de los Presupuestos Generales del Estado. Este nombramiento, a los efectos del art. 24.2 CP, debe de consistir en designar o señalar a alguna persona para un cargo o función, debiendo producirse siempre en virtud de una disposición legal que previamente lo establezca, y que, probablemente, puede tener rango reglamentario. Esa designación ha de realizarla una autoridad competente, es decir, un sujeto que, aparte de tener mando y jurisdicción propia (autoridad), tenga atribución legítima<sup>480</sup> para adscribir una persona a la condición de empleo público creando una relación jurídica válida.

Como puede verse, los tres títulos mencionados de incorporación a la condición de funcionario público tienen un punto en común ineludible que no es otro que el de su *base legal*. Es decir, estas fuentes aludidas pueden reducirse a una sola: la ley. Eso sí, hay que matizar que no es una reducción a la primera vía exigida de la “disposición inmediata de la Ley”, sino que la “ley” actúa como referente legitimador genérico que, después, actuará de manera mediata o inmediata. Lo que diferencia, por tanto, a los títulos que habilitan para el ejercicio de la función pública es preci-

---

<sup>479</sup> Vid. QUERALT JIMÉNEZ, *El concepto penal de funcionario público*, CPC, nº. 27. 1985, p. 488.

<sup>480</sup> En este sentido conviene aclarar que no todas las autoridades desde el punto de vista penal tienen capacidad para efectuar nombramientos. Piénsese, por ejemplo, en los miembros-funcionarios del Ministerio Fiscal, que tienen expresamente reconocida la cualidad de Autoridades en el art. 24-1 del CP.

samente ese carácter mediato o inmediato de aplicación de la ley, que, en todo caso, siempre aparece tras el acceso a dicho ejercicio<sup>481</sup>.

Aún así, para considerarse funcionario público a los efectos penales del art. 24.2 CP, no es suficiente haber obtenido el oportuno título, sino que además requiere igualmente de la “participación en el ejercicio de las funciones públicas“. Al respecto, OCTAVIO DE TOLEDO<sup>482</sup> efectúa una interesante distinción entre “ejercer el cargo“ y “ejercitar funciones públicas“, entendiendo que lo primero supone algo más que participar en el ejercicio de funciones públicas. La participación en ese ejercicio no implica el del cargo<sup>483</sup>. En cambio el ejercicio del cargo sí supone el ejercicio de la función pública. Ciertamente esta exigencia participativa no puede entenderse como mera colaboración o cooperación accidental de un sujeto en tareas de apoyo al desarrollo de la función pública, sino que ha de suponer ejercicio auténtico de la misma, como titular de dicha función, con todas sus connotaciones, consecuencias, grados de responsabilidad etc.<sup>484</sup>

### 2.3.2. Nuevas formas y supuestos polémicos de *funcionarios*.

Se ha analizado en el anterior epígrafe las exigencias contenidas en el art. 24.2 CP respecto a lo que debe ser el funcionario público en sentido estricto o puro. Sin embargo, a los efectos de los arts. 320, 322 y 329 CP, es esencial comprobar el al-

---

<sup>481</sup> POLAINO NAVARRETE, *Delitos contra la Administración Pública (I). Prevaricación. Nombramiento Ilegal. Aceptación de nombramiento ilegal*, en Curso de DP español PE, t. II, dir. Cobo del Rosal, 2ª. ed. p. 276.

<sup>482</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La Prevaricación del funcionario público*, cit. p. 139.

<sup>483</sup> Contrario a esta posición de OCTAVIO DE TOLEDO se halla QUERALT JIMÉNEZ, en *ob. ult. cit.*, p. 485, para el cual ejercer el cargo y participar en el ejercicio de funciones públicas es lo mismo a efectos penales. Dicho autor matiza que el concepto funcional de funcionario público no se integra únicamente por la noción de Función Pública ni por el mero hecho de participar en ella. Si ello fuera así habría que considerar como “funcionario” al que denuncia un delito (según art. 259 LECrim) o al que ejerce el derecho a detener a un delincuente *in fraganti* (art. 490.2º. de la LECrim) puesto que ambos estarían participando en funciones públicas. Por tanto, el simple hecho de participar en funciones públicas no es elemento suficiente -aunque sí necesario- para atribuir el carácter de funcionario a un sujeto. Para llegar a ser considerado como funcionario público -sigue afirmando- es requisito esencial tanto estar habilitado para ejercer tal participación como estar en condiciones de poderse incorporar al puesto correspondiente.

<sup>484</sup> En este sentido, ORTS GONZÁLEZ, *El Delito de Usurpación típica de funciones públicas*, cit. p. 69; MATELLANES RODRÍGUEZ, *Medio Ambiente y Funcionarios Públicos*, cit., p. 214

cance real de los sujetos activos en estos delitos y contemplar la posibilidad de incluir entre ellos a personas que, teóricamente, no se deberían considerar funcionarios públicos, al carecer de alguno de los títulos que le habilitan y, consecuentemente, también del derecho o ejercitación de la función pública. Ello supone la necesidad de analizar una serie de criterios que han sido debatidos por la doctrina penal y la jurisprudencia española, claramente expansivos, respecto a lo que debe ser el alcance del art. 24.2 CP. El origen de este debate se fundamenta en el profundo cambio que se ha ido produciendo respecto a la organización de la Administración pública española hasta el punto de que hoy es más habitual referirse al “personal al servicio de la Administración” que al “funcionariado de la Administración”.

El primer supuesto en el que hay que detenerse es el llamado por RODRÍGUEZ DEVESA<sup>485</sup> “funcionario de hecho”, es decir, aquel que ejerce funciones públicas sin poseer los requisitos de la condición de funcionario o habiéndolo obtenido lo hubiere hecho de manera fraudulenta<sup>486</sup>. En su opinión, a la que se adhiere DEL TORO MARZAL<sup>487</sup>, o mucho más recientemente MATELLANES RODRÍGUEZ<sup>488</sup>, esa suposición no es posible concebirla dentro de lo que debe entenderse por funcionario público, pues el vigente art. 24 CP -o art. 119 CPA- sólo ampara lo que es el funcionario de Derecho. Por tanto, quien ejerce por impulso personal y caprichoso funciones públicas, faltando al nombramiento o elección ordenados en la ley, no debe considerarse funcionario por carencia de título de participación, por muy necesarias que fueren aquellas funciones o por muy eficaz que resulte su gestión. Sin embargo, la jurisprudencia penal<sup>489</sup> sí que les ha otorgado carácter funcional, ya que desempeñan una función pública aunque no reúnan las calificaciones o legitimaciones requeridas. Por

---

<sup>485</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, *DP español PE*, 5ª. ed., pp. 976-977.

<sup>486</sup> Estos sujetos no deben confundirse con los funcionarios o autoridades especificados en los arts. 405 y 406 CP, ya que en éstos sí que existe un título y, por tanto, sí tienen tal consideración.

En efecto el art. 405 CP establece: “A la autoridad o funcionario público que en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años”.

Por su parte, el art. 406 afirma “La misma pena de multa se impondrá a la persona que acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión mencionada en el anterior, sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles”.

<sup>487</sup> Vid. DEL TORO MARZAL, *Comentario al art. 119 CP*, en ComCP, t. II, de Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo, p. 738.

<sup>488</sup> Vid. MATELLANES RODRÍGUEZ, *Medio Ambiente y Funcionarios Públicos*, cit., p. 250.

<sup>489</sup> En este sentido se pronuncian las SSTs de 27-9-1991 (EDJ 1991/9059) y 30-9-1992 (EDJ 1992/9459).

tanto, el Tribunal Supremo, partiendo de un concepto penal autónomo del funcionario, ha realizado una interpretación sumamente amplia del art. 24 CP con la que no siempre, en mi opinión, se puede estar de acuerdo ya que en ocasiones deberían ser tratados más bien como “particulares” debiéndose subsumir sus comportamientos dentro del art. 402 CP. Otra cosa será la validez y efectividad de sus actuaciones que será analizado posteriormente.

Problemática distinta es la de los “funcionarios interinos o eventuales” o la del personal contratado, bien laboral o administrativamente. Aquí desde luego hay que advertir que con esta dicotomía “funcionario estatutario/personal laboral” en organismos públicos se ha creado un híbrido del personal al servicio de la Administración, donde la multiplicación de situaciones particulares hace muy difícil, por no decir imposible, determinar competencias y caracterización de las mismas, así como saber cuál es el régimen de asunción de responsabilidades<sup>490</sup>. La doctrina está dividida en esta cuestión. Un sector mayoritario<sup>491</sup> utiliza unos criterios sumamente extensivos, afirmando que el concepto penal de funcionario público engloba a los funcionarios de empleo (interinos, eventuales, contratados, laborales etc.); todos aquellos que participan de la actividad administrativa -ya sea por elección, por oposición, por contratación o por designación- tienen la condición de funcionarios. Al contrario, hay otro sector<sup>492</sup> que, si bien pudiera admitir la cualidad funcional de los “interinos”<sup>493</sup>, niega ese carácter a los contratados laborales, en tanto que su relación ni se rige por las normas de Derecho público ni supone el desempeño de funciones públicas. En mi opinión es muy dudoso -optando por un posicionamiento negativo- que el personal contratado laboralmente pueda tener la consideración de funcionario

---

<sup>490</sup> PRATS CANUT, *Actuación incorrecta del funcionario público y responsabilidad en el ámbito de los delitos contra la Administración pública*, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, 1998, cit., p. 105.

<sup>491</sup> Entre otros, VALEJUE ÁLVAREZ, *Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionarios públicos, función pública y personas que desempeñan una función pública*, CPC nº. 62, 1997, p. 458; QUERALT JIMÉNEZ, *El concepto penal de funcionario público*, CPC, nº. 27, 1985, p. 483; y PRATS CANUT, *ob. ult. cit.*, p. 110; DE LA MATA BARRANCO, Art. 320.1: *prevaricación específica en el caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas*, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, 1998, cit., p. 163; y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al arts. 24 CP*, en *ComCP*, Rodríguez Mourullo/Jorge Barreiro, p. 160.

<sup>492</sup> Entre otros, VERDÚ MIRA, *Reflexiones sobre el procedimiento aplicable al otorgamiento de las licencias urbanísticas a propósito de los artículos 319 y 320 CP*, en *RDUyMA*, nº. 151, 1997, p. 593; RODRÍGUEZ DEVEZA/SERRANO GÓMEZ, *DP español PE*, 18ª. ed., p. 1126; y LÓPEZ GÓMEZ, *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones públicas*, cit., p. 110.

<sup>493</sup> Vid. SSTs de 9-10-1991 (EDJ 1991/9504), 20-5-1993 (EDJ 1993/5115) y 6-6-2008 (EDJ 2008/97497), entre otras, ha venido considerando como funcionarios públicos a los interinos.



público a pesar de que alguna jurisprudencia así lo haya determinado<sup>494</sup>. Esto debe entenderse así ya que la relación que se entabla, al ser de derecho privado, no le hace partícipe de “ejercitar funciones públicas”, requisito esencial para la condición funcional, según estipula el art. 24.2 CP. Tampoco este personal podrá participar o conceder licencias a las que se refieren los artículos objeto de la tesis ya que casi siempre estas serán concedidas por autoridades.

Hay que hacer referencia igualmente a la problemática relativa a si pueden ser sujetos activos de estos delitos funcionariales el personal de las empresas privadas concesionarias de servicios públicos o que gozan con total participación de capital del Estado e incluso de las entidades colaboradoras de la Administración (ECAs), cada vez más trascendentes en el campo del control medio ambiental y de carácter claramente privado. Esta es una cuestión cada vez más abierta máxime cuando en la actualidad esta práctica se expande por parte de las administraciones públicas<sup>495</sup>. Previamente hay que manifestar que sólo será de nuestro interés -a los efectos de los delitos objeto de la tesis- los miembros de las ECAs por su capacidad de control de la actividad contaminante y los cargos directivos de esas sociedades mercantiles (*públicas o semipúblicas*), ya que serían los únicos que deberían responder de la “emisión de informes a favor” a los que se refiere estos tipos por posibles encargos de los diferentes Organismo públicos. En cualquier caso, estas empresas, carecerán de competencias para conceder licencias, bien *per se*, bien colegiadamente.

VALEIJE ÁLVAREZ<sup>496</sup>, partiendo del espíritu del art. 103 CE, considera funcionarios públicos a efectos penales a todos los directores y miembros de los consejos de administración de las sociedades mercantiles de mano pública, pues lo contrario supondría que una parte importante de la actuación administrativa quedaría desprovista de la específica tutela que el CP depara al sector público. Por el contrario, otros au-

---

<sup>494</sup> Por todas, STS de 13-3-1997 (EDJ 1997/1539).

<sup>495</sup> Es más, se ha llegado a afirmar por parte de PRATS CANUT, en *Actuación incorrecta del funcionario público y responsabilidad en el ámbito de los delitos contra la Administración pública*, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, 1998, cit., p. 103, que la profusión de servicios que originariamente eran asumidos por la Administración pública, y que hoy en día -a través de la técnica de las “concesiones” u otras similares- acaban siendo no sólo la ejecución de la actividad sino la *propia dirección de la actividad* asumida por personas que carecen de vínculo personal con la Administración, permite señalar que la distinción entre la actividad pública y privada pueda desaparecer, lo cual puede llevar en un futuro a la propia desaparición de ilícitos específicos vinculados a la función pública.

<sup>496</sup> Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, *Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionarios públicos, función pública y personas que desempeñan una función pública*, CPC n°. 62, 1997, p. 479; en la misma línea, MUÑOZ CONDE, *DP PE*, 17ª. ed., 2007, p. 954.

tores<sup>497</sup> consideran que los empleados/directivos de las empresas participadas estatalmente no pueden ser catalogados en ningún momento como funcionarios. En este sentido, la jurisprudencia se muestra también muy restrictiva al respecto<sup>498</sup>.

Cabe señalar, en mi opinión, que la posición de VALEIJE ÁLVAREZ es demasiado expansiva y que, mientras no se modifique el art. 24.2 CP, habrá que entender que las personas que dirigen las sociedades participadas con dinero público no pueden ser sujetos activos de los delitos funcionariales, a pesar de que su actividad sea próxima a lo público o *cuasi*-pública. La relación jurídica de estas personas tiene una matriz claramente mercantil y no de derecho público, careciendo de forma evidente de alguno de los títulos exigidos al funcionario en el citado art. 24.2 CP.

Por otra parte, llevan razón PRATS CANUT/MARQUES I BANQUÉ/MORÁN MORA<sup>499</sup> cuando descartan la posibilidad de imputar a los miembros de las citadas ECAs como responsables del delito del art. 329 CP ya que carecen de la condición de funcionario público. Realmente en el momento actual no podrán ser sujetos activos de los arts. 320, 322 y 329 CP ni los directivos de estas empresas privadas con capital público, ni las personas que trabajan para las Entidades Colaboradoras de la Administración. Si podrían serlo, por ejemplo, vía del art. 325 CP en caso de permisividad de actividad contaminante cuando concurriesen los demás elementos típicos del mencionado precepto.

Para finalizar hay que referirse a otro grupo de personas que sí pueden llevar a cabo los informes a los que se refieren los artículos estudiados. Son los llamados “expertos externos, asesores independientes, técnicos privados o similares“. Desde

---

<sup>497</sup> Entre otros, VERCHER NOGUERA, en *La especial forma de prevaricación de los delitos contra la ordenación del territorio*, LL 1997-1, p. 1916, fundamenta su posición en criterios administrativistas al afirmar que ni en el arts. 121.2 de la Ley Expropiación Forzosa ni en el 72.2 de Ley de Contratos del Estado se imputa a la Administración responsabilidad patrimonial por la actividad dañosa causada por los concesionarios o contratistas administrativos, salvo que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario de ineludible cumplimiento. Ello se debe a que no se considera a los concesionarios o contratistas como integrados de manera propia en el contexto de la organización administrativa. Por su parte, el art. 121 CP declara la responsabilidad subsidiaria del Estado por daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando estos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos; PRATS CANUT, *Responsabilidad penal de las autoridades y funcionarios municipales en material ambiental*, Cuadernos Jurídicos nº. 27. Febrero 1995, p. 39; y TERRADILLOS BASOCO, *La responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio, y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente*, EPC, t. XX, 1997, p. 318.

<sup>498</sup> Conocida es la STS. de 13-3-1992 (EDJ 1992/2455) que manifiesta que no se puede atribuir la cualidad de funcionario a un empleado de Tabacalera por considerar que “no es cierto que el personal de una empresa pública sea ya, por ese solo, hecho funcionario público” (FD 2º.).

<sup>499</sup> Vid. PRATS CANUT/MARQUES I BANQUÉ/MORÁN MORA, *El Derecho penal ambiental y Derecho comunitario*. La Directiva IP, cit., p. 177.

luego éstos en modo alguno pueden ser sujetos activos de estos delitos al deber ser considerados como “facultativos” y este concepto fue expresamente excluido -según se comprobó anteriormente- del proyecto CP debatido en el trámite parlamentario. En mi opinión esta eliminación fue un error significativo puesto que en muchísimas ocasiones, especialmente en el ámbito local, se contratan a esas personas para la realización de estudios-informes previos en los que posteriormente se sustentan las actuaciones urbanístico-ambientales teniendo en cuenta la complejidad que entrañan estas materias<sup>500</sup>. A su vez han de quedar excluidos como sujetos activos de los arts. 320, 322 y 329 CP las personas que trabajen en virtud de un “arrendamiento de servicios”<sup>501</sup>.

---

<sup>500</sup> En esta línea se pronuncia la doctrina mayoritaria. Así entre otros, GARCÍA PÉREZ, *Algunas reflexiones sobre la denominada prevaricación específica del artículo 320 CP*, en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*. LH-Cerezo Mir, 2002, p. 1266; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos sobre la ordenación del territorio: la responsabilidad penal de la Administración urbanística*, APen 1997-1, p. 383; VERCHER NOGUERA, *La especial forma de prevaricación de los delitos contra la ordenación del territorio*, LL 1997-1, p. 1916, si bien éste precisa que no sería descartable que se pudiera proceder contra ellos (los facultativos) a título de cooperadores (necesario o no necesario) o inductores según art. 28 CP; Por su parte CARMONA SALGADO, en *Comentarios a los Delitos sobre la ordenación del territorio, la protección del patrimonio Histórico y el medio ambiente*, en *Compendio de DP español PE*, dir. Cobo del Rosal, Madrid, 2000, p. 596, critica que respecto al sujeto activo del art. 322 CP (extensible también a los arts. 320 y 329 CP) ha olvidado mencionar otros eventuales responsables que sin poseer la condición de funcionario puedan, no obstante, realizar tareas de asesoramiento, decisivamente influyentes en la concesión de la correspondiente autorización para realizar las obras. Según la autora estos sujetos no funcionarios deberían ser castigados como cómplices o cooperadores necesarios del art. 321 CP (o en su caso 319 ó 325 CP).

De otra opinión, ROMÁN GARCÍA, en *Delitos sobre la Ordenación del Territorio*, en *Derecho Penal Administrativo*, 1997, p. 124, según el cual pueden ser sujetos activos de los delitos 320, 322 y 329 CP, aquellas personas que, aún no estando ligadas a la Administración por una relación estatutaria y permanente, propia de los funcionarios de carrera, colaboren **ocasionalmente** con la Administración interviniendo -mediante la realización de una actividad de emisión de informes- en el procedimiento de aprobación de proyectos de edificación o de concesión de licencias. Según el autor, esta posición está reforzada por la STS de 24-6-1994 en virtud de la cual puede cometer delito de prevaricación quien no es funcionario público si su participación consiste en “inducir o en cooperar con actos necesarios” y con su actuación inclina decisivamente a la persona llamada a resolver a dictar una resolución injusta.

No se puede estar de acuerdo con esta posición ya que supondría una interpretación extremadamente extensiva de los tipos penales que no está permitido. Además si el legislador hubiera querido incluir a estas personas en el tipo penal se hubiera referido a “facultativos”.

<sup>501</sup> DE LA MATA BARRANCO, *Art. 320.1: prevaricación específica en el caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas*, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, 1998, cit., pp. 158 y ss.

### 2.3.3. Los miembros de los Colegios profesionales y su posible actividad como función pública.

Habitualmente la doctrina penal ha centrado la problemática de los Colegios profesionales casi exclusivamente a lo que es la cuestión de los *visados* y si éstos constituyen o no el elemento típico del informe al que aluden los arts. 320, 322 y 329 CP<sup>502</sup>. Lo que interesa aquí es examinar si los miembros rectores (esencialmente Juntas de Gobierno) de este tipo de Corporaciones públicas pueden ser sujetos activos de los delitos que se estudian. A simple vista se deduce que no pueden serlo respecto al apartado segundo de estos artículos porque en ningún caso pueden tener competencia para conceder licencias (bien urbanísticas o que afecten a edificios protegidos, bien tendentes al inicio de actividades contaminadoras). Sin embargo, respecto a los primeros apartados (emisión de informes favorables), en principio, no existiría ningún impedimento para que así fuese. En efecto, el Decano de un Colegio profesional, que tiene la consideración de autoridad, como antes se dijo, al haberlo reconocido así la propia jurisprudencia<sup>503</sup>, reúne las exigencias del art. 24.1 CP. Asimismo, los miembros (diputados) de las Juntas de Gobierno, también podrían ser considerados bien autoridad (si tuvieren mando y ejercitaren jurisdicción propia<sup>504</sup>), bien “funcionarios”, ya que son electivamente elegidos (siempre que se considerase que participan en el ejercicio de las funciones públicas). Por su parte todos los Colegios Profesionales tienen reconocida expresamente competencia para emitir los informes que la Administración pudiera encargarles dentro del ámbito de sus fines<sup>505</sup>.

Sin embargo, la primera dificultad que nace con motivo de los informes encargados a los Colegios profesionales es que han de ser realizados por la Corporación,

---

<sup>502</sup> A esa temática habrá que referirse más extensamente en otro epígrafe más adelante, concretamente en el 4.3 relativo a las cuestiones comunes en el tipo objetivo de estos tres artículos.

<sup>503</sup> Por todas, STS de 9-7-2002 (EDJ 2002/27816).

<sup>504</sup> No se puede olvidar que estos miembros pueden dirigir comisiones deontológicas, incoar e instruir expedientes sancionadores contra los colegiados, aunque las sanciones solo podrán imponerlas la Corporación como Órgano colegiado.

<sup>505</sup> En efecto, el art. 5 apartado b) de la Ley 2/74, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales (modificada por las Leyes 74/1978, de 26 de diciembre; 7/1997, de 14 de abril; y Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio), establece que: “Corresponde a los Colegios Profesionales el ejercicio de las siguientes funciones, en su ámbito territorial:.....

b) Ejercer cuantas funciones les sean encomendadas por la Administración y colaborar con ésta *mediante la realización de estudios, emisión de informes*, elaboración de estadísticas y otras actividades relacionadas con sus fines que puedan serles solicitadas o acuerden formular por propia iniciativa“.

en cuanto órgano colegiado, mientras que los artículos 320.1, 322.1 y 329.1 CP se refiere a personas individualizadas (autoridades o funcionarios públicos), no habiéndose previsto la realización de éstos por órganos colegiados, al contrario de lo que acontece en el apartado 2, respecto a las concesiones de las licencias oportunas. Por tanto, y en principio, sólo podrían ser sujetos activos de estos delitos los miembros de las Juntas, siempre que elaborasen los informes en nombre de la Corporación, puesto que si no fuese así estarían haciéndolo de forma particular y al margen del ejercicio de la función pública exigible. Esto nos debe llevar al examen de si dichos sujetos desarrollan funciones (públicas) respecto a los informes favorables que pudiesen emitir por encargo de la Administración (estatal, autonómica o local).

La consideración o no de los miembros de los Colegios Profesionales (entre los que hay que incluir a los Decanos en su condición específica de “autoridad”) como *funcionarios públicos* a los efectos de los artículos 320, 322 y 329 CP es un tema muy debatido por la doctrina. Según VERCHER<sup>506</sup> Y BOIX REIG/JUANATEY DORADO<sup>507</sup> estos miembros no se deberían considerar funcionarios, pues hacerlo sería extender excesivamente el ámbito de aplicación del art. 24 CP. Estos autores -posiblemente de manera equivocada como se verá- se basan en la STS, Sala 3ª, de 8-3-1990, según la cual ha de entenderse que la configuración de estos Colegios como Corporaciones de Derecho público -cuya finalidad esencial es la ordenación del ejercicio de las profesiones, es decir, sectoriales- implica que no son Administraciones públicas en sentido estricto. Para otros autores como LESMES SERRANOS<sup>508</sup>, las personas integradas en un Colegio profesional que emiten informes a favor para que sean incorporados al expediente administrativo estarían enmarcadas en el ejercicio de las funciones públicas desarrolladas por estas Corporaciones. Esas personas podrían incurrir, por tanto, en las conductas típicas de los arts. 320, 322 ó 329 CP.

Por su parte, MILANS DEL BOSCH<sup>509</sup>, refiriéndose al art. 322 CP, pero extensible a los otros dos delitos estudiados, afirma que puede tener cabida en la consideración de funcionario público el profesional liberal miembro de un colegio profesional, que

---

<sup>506</sup> VERCHER NOGUERA, *La especial forma de prevaricación de los delitos contra la ordenación del territorio*, LL 1997-1, p. 1916.

<sup>507</sup> BOIX REIG/JUANATEY DORADO, *Comentarios al art. 320 CP*, en ComCP de 1995, vol. II, coord. Vives Antón, p. 1582.

<sup>508</sup> LESMES SERRANOS, *Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, En Derecho penal administrativo, 1997, p. 370.

<sup>509</sup> MILANS DEL BOSCH, *Delitos sobre el patrimonio histórico*, en Derecho penal administrativo, p. 229.

por *disposición normativa* haya de emitir un informe -técnico o jurídico- en un proyecto de derribo o alteración de un edificio singularmente protegido ya que en este caso participaría en el ejercicio de funciones públicas. Por el contrario -según el mismo autor- no sería subsumible en el citado delito, el profesional contratado por un particular, o por la propia Administración (cuando ello no venga amparado por una disposición normativa, cuando menos de rango reglamentario), que emitiera este tipo de informes puesto que no estaría participando en “funciones públicas”, sin perjuicio de poder ser considerado como partícipe.

En mi opinión, entiendo que sólo los miembros de las Juntas de Gobierno de los Colegios profesionales (Decano y Diputados) podrían ser sujetos activos de estos tres delitos en lo que se refiere a la emisión de los informes -aludidos en el art. 5,b) de la vigente Ley de Colegios profesionales-, los cuales pueden ser precisamente subsumibles en los arts. 320, 322 y 329 CP<sup>510</sup>. Esto tiene que ser así porque dichos cargos colegiales reúnen bien la condición de autoridad (el Decano), bien la consideración de “funcionario” (los Diputados) según el texto del art. 24 CP, ya que el acceso a tales cargos se han producido por elección democrática y es indudable que cuando realizan tan determinantes e importantes informes previos a la concesión de licencias (susceptibles de afectar al medio ambiente, el patrimonio histórico o la ordenación del territorio), sin duda lo hacen ejercitando funciones públicas ya que representan a la Corporación a la que la Administración le hizo el encargo. Sin embargo, dichos informes a favor -derivados del art. 5 de la Ley de Colegios profesionales-, para que fuesen típicos, han de realizarse en nombre del Colegio profesional pertinente por lo que el miembro que lo redactare deberá hacerlo por delegación de la Corporación, ya que los apartados uno de los arts. 320, 322 y 329 CP no admiten informes favorables realizados conjunta o colegiadamente, al referirse únicamente a la “autoridad o funcionario” de forma individualizada.

En mi opinión las posiciones de Vercher y Boix Reig/Juanatey Dorado parecen erróneas, pues parten de una idea muy administrativizada de lo que son los Colegios profesionales, aparte de olvidar que la finalidad de éstos no es solamente la ordenación del ejercicio de las profesiones, sino que también disponen de la posibilidad de

---

<sup>510</sup> En contra de la posición mantenida en este trabajo, es decir, que sólo los miembros de las Juntas de Gobierno de los Colegios profesionales (Decano y Diputados), podrían ser sujetos activos de estos tres delitos estudiados en lo que se refiere a la emisión de los informes a favor, se halla MATELLANES RODRÍGUEZ, en *Medio Ambiente y Funcionarios Públicos*, cit., p. 265.

emitir cualquier tipo de informe a favor que le encargue la Administración pública que tenga relación con el ramo de su actuación y conocimiento, según se ha visto.

En cuanto a la posición de Milans del Bosch, personalmente creo que también necesita de alguna matización. Cualquier miembro colegiado (que pudiéramos considerar *de base*) de una Corporación profesional no puede ser sujeto activo de estos delitos, por no reunir ninguno de los requisitos del art. 24 CP. Si como afirma ese autor hubiere *disposición normativa* por la que se estipulase la necesidad de que determinado profesional liberal emitiese el informe encargado por la Administración, el mismo ya nada tendría que ver con su pertenencia a su Colegio, ni ese informe sería en nombre de éste; dicho informe sería el resultado de una relación Administración/particular, asimilable bien a la de “contratado” (administrativa o laboralmente), bien a la de asesor externo (en cuyo caso habría que excluir que pudiese ser sujeto activo de los delitos analizados). Esto independientemente de lo difícil y extraño que resulta que una *disposición normativa* fije que, en exclusividad, un profesional liberal emita informes favorables para la Administración.

#### **2.3.4. La actividad privada del funcionario público o autoridad en materias relacionadas con la ordenación del territorio, el patrimonio histórico o el medio ambiente.**

Esta es otra de las cuestiones que tienen interés en el tema objeto de investigación, y que no ha sido analizado suficientemente por la doctrina. El problema está en determinar si el funcionario público (propiamente dicho o el que también ostenta la cualidad de autoridad) podría ser considerado como sujeto activo de estos delitos, al realizar -precisamente por disponer de unos conocimientos adquiridos en base a su cualificación funcional-, dentro de su actividad privada y lucrativa, los informes a los que se refieren los apartados uno de cada uno de los arts. 320, 322 y 329 CP. Imaginemos a personas que reuniendo claramente la cualidad de funcionario, por ser concejal de urbanismo o arquitecto técnico de una corporación municipal o por estar



adscrito a entes de la Administración del Estado con finalidad científica o investigadora (en el campo histórico-cultural, químico, energía nuclear etc.), y que, por tanto, tienen grandes conocimientos sobre los tres campos que nos interesan, se dedicasen como actividad paralela a la pública, dentro de consultorías propias o ajenas, pero siempre privadas, a emitir informes a los que se refieren los artículos señalados. En estos casos, ¿podrían ser considerados sujetos activos de estos delitos? La respuesta no es nada fácil, pero, en mi opinión, habría que inclinarse por contestar negativamente a esa posibilidad. Como ha apreciado reiteradamente la jurisprudencia, estas nociones (funcionario público y autoridad) no deben operar cuando se trate de cuestiones puramente particulares, pues esas cualidades no acompañan al sujeto como estatuto personal<sup>511</sup>. Parece obvio que debería evitarse -con carácter preventivo- este tipo de comportamientos y, precisamente, a ello tiende la Ley 53/1984, de 26 de diciembre<sup>512</sup>, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas, en cuyo artículo quince se estipula que “el personal a que se refiere tal Ley no podrá invocar o hacer uso de su condición pública para *el ejercicio de actividad mercantil, industrial o profesional*”, o lo que es lo mismo, para el ejercicio de su actividad privada, cualquiera que sea.

El que no deban ser considerados como sujetos activos de los arts. 320, 322 y 329 CP. no es óbice para que puedan incurrir en otro tipo de responsabilidades penales como pudiera ser la del artículo 441 CP<sup>513</sup>.

---

<sup>511</sup> Por todas, STS de 12-5-1992 (EDJ 1992/4650) en cuyo fundamento de derecho 1º. Se dice “ la cualidad de autoridad o funcionario, no acompaña al sujeto pasivo como estatuto personal, sino que se proyecta para lo que entraña interés público y no para cuestiones puramente particulares como señalaron ya las añejas Sentencias de esta Sala de 9 de abril de 1884 y 3 de enero de 1899”

<sup>512</sup> Modificada por: Ley 31/1991, de Presupuestos Generales del Estado para 1992; Ley Orgánica 7/1992, de 20 de noviembre (BOE del 21 de noviembre), por la que se declara extinguido el Cuerpo de Médicos del Registro Civil, integrando éstos en el Cuerpo de Médicos Forenses; Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social; la Ley 13/1996, de 30 de diciembre (BOE del 31), de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.; Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social; y Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social.

<sup>513</sup> Según este artículo 441 CP: “La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las leyes o Reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa, incurrirá en las penas de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años”.



### 2.3.5. Las posturas *de lege ferenda* de VALIEJE ÁLVAREZ Y REBOLLO VARGAS respecto a la determinación de las autoridades y funcionarios públicos como sujetos activos.

En los anteriores epígrafes se ha podido observar la dificultad existente a la hora de determinar lo que ha de entenderse por funcionario público a los efectos de comprobar quiénes pueden ser los sujetos que incurran en los tipos penales objeto de investigación. Aparte de los funcionarios de carrera y las autoridades, se ha incluido como límite máximo a los *funcionarios* interinos o contratados administrativamente, excluyendo a los contratados laborales o asesores externos y similares (que responderían como particulares), en tanto se ha considerado que no puede entenderse que participen en el ejercicio de funciones públicas. Esta dificultad no es de extrañar. En efecto, el vigente art. 24 CP no es otro que la cuasi reproducción del derogado art. 119 CPA, el cual a su vez es herencia de códigos provenientes del siglo XIX<sup>514</sup>. En aquella época había una clara diferenciación entre lo público -tutelado por la Administración y representado por la expresión “función pública“- y lo privado. Hoy día esto ya no acontece así, pues el sector público escapa a la concepción clásica que lo concibe como una estructura homogénea sometida al Derecho público<sup>515</sup>. La presencia del Estado en sectores que hasta hace pocos años estaban reservados a la iniciativa de los particulares<sup>516</sup>, no podía dejar de reflejarse significativamente en el campo

---

<sup>514</sup> Concretamente el art. 416 del CP de 1870 -como disposición general final del Título VII del Título II- establecía que “para los efectos de este título y de los anteriores del presente libro, se reputará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley, o por elección popular o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas”. Vid. ÁLVAREZ CID, Código penal de 1870. Córdoba 1908.

<sup>515</sup> Los propios arts. 9, 103, 128 y ss. de la CE, tendentes al establecimiento del *Estado social* y democrático de Derecho, hacen mucho más difícil trazar un deslinde claro entre ambos campos público y privado.

<sup>516</sup> Como advierte acertadamente MARTÍN MATEO, en *Manual de Derecho administrativo*, 22ª. ed., cit., p. 52, la garantía del mínimo vital a los ciudadanos, es hoy la preocupación integral del Estado moderno servido por la Administración. Por tanto, las aspiraciones de eficacia y operatividad abonan aún más la necesidad de abordar también la Administración desde una perspectiva racionalista que intente sacar el máximo partido de sus efectivos. En esta actividad empresarial del Estado, el lucro no debe aparecer como objetivo fundamental de la Administración, dado que no debe pretender la obtención de beneficios.

penal<sup>517</sup>. Hay pues un desfase entre lo que el vigente CP considera funcionario público y lo que actualmente debe entenderse por este concepto autónomo.

Precisamente en virtud de todo esto, VALEIJE ÁLVAREZ<sup>518</sup> propugna *de lege ferenda*, la necesidad de revisar el vigente art. 24 CP a fin de introducir un mayor rigor en el concepto de *función pública*, de modo que, para no incurrir en interpretaciones gramaticales extensivas, se puedan introducir dentro de aquel concepto lo que hoy en día son “formas flexibles de administrar” (gestión de servicios por parte de la Administración mediante la creación de sociedades mercantiles). Esto es, la aplicación del estatuto penal de la función pública a todas las entidades instrumentales de la Administración que desempeñen en todo o en parte funciones públicas e independientemente de que adopten o no una forma jurídica pública. En este sentido reconoce que es preciso proceder con suma cautela, dada la gran variedad de clases y formas que asume la personificación de las empresas públicas; de ahí que sea preciso diferenciar entre las sociedades mercantiles, que aún nutriéndose de fondos públicos *desempeñan exclusivamente actividades de carácter comercial*, y sociedades mercantiles cuyo objeto social consista en la *prestación de servicios públicos* entre las cuales se englobará todas las actividades necesarias para el cumplimiento de lo que la Administración tiene asignado<sup>519</sup>.

Esta propuesta de VALEIJE ÁLVAREZ, en mi opinión, es sumamente interesante y, por tanto, aceptable, debiendo en el futuro ajustarse a los tiempos presentes la consideración que el CP haya de tener del personal funcional a los efectos de la aplicación a los pertinentes delitos de la PE. De esta forma se evitaría hacer depender exclusivamente el concepto de funcionario público de interpretaciones jurisprudenciales concretas, unas veces excesivamente estrictas y otras demasiado amplias respecto

---

<sup>517</sup> Así también lo ha advertido PRATS CANUT cuando indica, en *Actuación incorrecta del funcionario público y responsabilidad en el ámbito de los delitos contra la Administración pública*, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, 1998, p. 111, que “el interés merecedor de tutela en la actividad funcional es la actividad pública en el sentido de que se satisfaga los intereses generales; es decir, que los servicios que los distintos poderes del Estado prestan a los ciudadanos funcionen correctamente en el marco de un Estado social y democrático de Derecho. Los arts. 9 y 103 de la CE son claros al respecto. El problema surge cuando se comprueba en la actualidad la indefinición y falta de delimitación existente entre lo que es función pública y actividad privada con *finalidad pública*.”

<sup>518</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, *Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionarios públicos, función pública y personas que desempeñan una función pública*, CPC n.º. 62. 1997, p. 492.

<sup>519</sup> Recordemos que según VALEIJE ÁLVAREZ, en *ob. ult. cit.*, p. 471, son públicas: 1) las funciones desarrolladas por un Organismo público de mano pública; 2) las funciones desarrolladas por particulares en virtud de acto de delegación de la Administración; y 3) las funciones desarrolladas por Organismos privados de mano pública. .

de lo establecido en el art. 24 CP, que siempre producen inseguridad e incertidumbre. Tampoco se puede olvidar en esta cuestión que no es descartable que en un futuro la propia Administración (en sus diferentes niveles) pudiera crear de alguna forma sus sociedades mercantiles de asesoramiento, con la consiguiente emisión de informes, entre los cuales sin duda podrían encontrarse los referidos a los artículos 320, 322 y 329 CP, en base a los que pudiesen concederse las licencias ilegales tipificadas en dichos delitos.

En un sentido parecido REBOLLO VARGAS<sup>520</sup> trata también de buscar una fórmula respecto al personal no funcional<sup>521</sup> dependiente de entidades de Derecho público en régimen de Derecho privado. Es decir, para los entes constituidos como sociedades mercantiles que actúan en régimen de libre competencia (las llamadas empresas públicas), llega a la conclusión de que también su personal debería ser considerado funcionario público a efectos penales. Según REBOLLO VARGAS, a pesar de la pretendida separación entre dos tipos de entes públicos económicos, ambos responden a la misma naturaleza jurídica: están constituidas por patrimonios públicos adscritos a un fin público que consiste, en general, en un servicio público económico. Por consiguiente, cuando se persigan fines públicos con una indudable función social y cuando su vínculo con el *ente* se haga por Ley o por nombramiento de Autoridad competente, el personal que presta sus servicios en ellos *debería disponer de la condición de funcionario público a efectos penales*. Abundando en el tema el autor plantea otra propuesta *de lege ferenda* consistente en que el personal laboral de las entidades del sector público -ya esté vinculado a organismos autónomos en régimen de Derecho público o a entidades de Derecho público en régimen de Derecho privado- disponga de la condición de funcionario a efectos penales. Eso sí, matiza que en este caso siempre habrá de concurrir el elemento subjetivo (relativo al correspondiente nombramiento) y objetivo (o de actividad consistente en la participación en el ejercicio de la función pública)<sup>522</sup>. El problema se plantea respecto a los mecanismos a utilizar para recoger en los términos adecuados la propuesta del citado autor. Éste apostó por

---

<sup>520</sup> Vid. REBOLLO VARGAS, *La revelación de secretos e informaciones por funcionarios públicos*, 1996, cit., p. 119.

<sup>521</sup> Como advierte REBOLLO VARGAS, en *ob. ult. cit.*, p. 120, podría darse incluso el caso de que tal personal laboral fuesen antiguos funcionarios que se hallan prestando servicios en situación de excedencia voluntaria.

<sup>522</sup> REBOLLO VARGAS, *ob. ult. cit.*, p. 120.

incluirse una disposición general al final del Tit. VII del Libro II del CPA<sup>523</sup> que recogiese estas situaciones de manera que el personal laboral que prestase sus servicios en las entidades del sector público estatal dispondría, por ello, de la consideración funcional a estos efectos penales ya que, con su actuación, tendría capacidad para poder afectar al bien jurídico.

La forma de desarrollar REBOLLO VARGAS su propuesta considero que es insuficiente ya que el citado Tit. VII del CPA no era el único que hacía referencia al funcionario público como sujeto activo, sino que los delitos funcionariales se hallaban esparcidos por buena parte del Libro II CP. Buena prueba de ello es el actual Tit. XVI (Libro II), en donde se hallan incursos los delitos objeto de análisis en esta Tesis. Igualmente sería muy dudoso que una supuesta disposición general en el Tit. XIX relativo a los “Delitos contra la Administración pública” pudiese ser aplicable a otros Títulos del Libro II, ello aparte que los delitos de los arts. 320, 322 y 329 CP suponen una clara lesividad pluriofensiva de bienes.

En cualquier caso las sugerencias de estos dos autores son dignas de ser introducidas en este trabajo, ya que profundizan en el análisis de un tema latente y problemático, y que está todavía sin resolverse de forma clara.

#### **2.4. Delimitación de los sujetos activos en los arts. 320, 322 y 329 CP. La distinta posición de su responsabilidad por motivos de su competencia.**

Hasta aquí se ha comprobado que las únicas personas que pueden incurrir como sujeto activo de los arts. 320, 322 y 329 CP son las autoridades y los funcionarios públicos, habiéndose destacado igualmente quiénes, desde la perspectiva penal, debían tener esa consideración. Sin embargo, hay que advertir que dichos preceptos, como destaca la doctrina dominante, no se dirigen a todos los funcionarios públicos o autoridades que forman la Administración pública española, sino sólo a unos es-

---

<sup>523</sup> En el CP de 1995 sería Tit. XIX del Libro II “Delitos contra la Administración pública”.

pecíficos y determinados<sup>524</sup>. En efecto, únicamente lo serán los que reúnan unas determinadas condiciones de cualificación o competencia, al menos genérica, bien a la hora de emitir los informes favorables o de conceder las licencias típicas detalladas en estos delitos funcionariales, bien a la hora de los silenciamientos aludidos en el art. 329.1 CP. Por tanto, es conveniente analizar y delimitar cuales son los probables responsables de las conductas descritas en los delitos que son objeto del presente trabajo.

Si, como afirma la doctrina mayoritaria<sup>525</sup>, lo que se erige en verdadero principio informador y rector de la actuación del legislador penal es la tutela del bien jurídico penalmente protegido, habrá que deducir que el motivo de la inclusión de estos delitos en el Tit. XVI del Libro II del CP será el tratar de evitar que se ponga en riesgo el territorio en cuanto a su uso racional, el patrimonio histórico como herencia cultural, así como un medio ambiente equilibrado. Como consecuencia de ello, y dada la esencial y especial posición que respecto a esos valores tienen los funcionarios públicos, el legislador se ha visto obligado a introducir estos delitos ante previsibles comportamientos *desleales* de éstos. En definitiva, habrá que entender que la especificación del bien jurídico<sup>526</sup> sirve para aproximarnos y concretar qué tipos de funcionarios públicos son a los que se alude en estos tres delitos *ambientales*. Considero, por tanto, que los sujetos activos a los que van dirigidos estos tipos penales son a aquellos funcionarios públicos cuya actividad se centre en el desarrollo de la función

---

<sup>524</sup> Vid., entre otros, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos sobre la ordenación del territorio: la responsabilidad penal de la Administración urbanística*, APen, 1997-1, p. 382; PRATS CANUT, *Responsabilidad penal de las autoridades y funcionarios municipales en material ambiental*, Cuadernos Jurídicos nº. 27. Febrero 1995, p. 35; VERCHER NOGUERA, *La especial forma de prevaricación de los delitos contra la ordenación del territorio*, LL 1997-1, p. 1915; ARIAS EIBE, *El Patrimonio Cultural. La nueva protección en los arts. 321 a 324 CP de 1995*, cit. p. 155; GARCÍA PLANAS, *El Delito Urbanístico. (Delitos relativos a la Ordenación del Territorio)*, cit., p. 103; MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, *Delitos sobre el patrimonio histórico*, en Derecho penal administrativo, 1997, cit., p. 229; MATELLANES RODRÍGUEZ, *Medio Ambiente y Funcionarios Públicos (Análisis del tipo objetivo del art. 329 CP)*, cit., pp. 247 y ss.; GUISASOLA LERMA, *Delitos contra el Patrimonio Cultural. Arts. 321-324 CP*, cit., p. 581; MARTÍNEZ ARRIETA, *Delito Urbanístico*, en Empresa y delito en el NCP, CDJ nº. II, CGPJ, 1997, p. 188; y RODRÍGUEZ PUERTA/VILLACAMPA ESTIARTE, *La responsabilidad penal del funcionario público en materia urbanística*, en nuevo Derecho Penal español, 2001, cit., p. 1.744.

<sup>525</sup> Vid., al respecto, MIR PUIG, *DP PG* 8ª. ed., pp. 129 y 163; RODRÍGUEZ MOURULLO, *DP PG*, 1ª. ed., pp. 22-23; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON, *DP PG* 5ª. ed., pp. 320 y ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, *DP PG*, 7ª. ed., 2007, pp. 76 y ss.; LUZON PEÑA, *Curso de DP PG*, 1996, pp. 328 y ss.; y POLAINO NAVARRETE, *DP PG Fundamentos científicos del Derecho penal*, t. I. 4ª. ed., p. 272.

<sup>526</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, *ob. ult. cit.*, p. 248.

publica encaminada a garantizar y velar por los bienes enunciados en el Título XVI del Libro II del CP<sup>527</sup>.

Así, las autoridades o funcionarios públicos que pueden cometer la conducta del art. 320 CP serán exclusivamente -en principio- los que administrativamente<sup>528</sup> tengan encomendada, facultativa o preceptivamente, la emisión de informes o dictámenes relativos a la concesión de licencias de edificación (o, en su caso, construcción, como se analizará en su momento), así como los que tengan capacidad -*per se* o colegiadamente- para conceder las mismas<sup>529</sup>. Por su parte, los funcionarios (o autoridades) a los que se refiere el art. 322 CP serán los que reciban normativamente las competencias específicas al respecto, según la legislación relativa al Patrimonio Histórico (especialmente la Ley Estatal de 25 de junio de 1.985 y las pertinentes normas autonómicas), teniéndose en cuenta la doble concurrencia competencial preceptiva al respecto<sup>530</sup>. Por último, los funcionarios a los que va dirigida la norma del art. 329 CP serán aquellos que administrativamente tuvieren asignadas competencias vinculadas a la actividad industrial contaminadora, con la peculiaridad de que en la citada norma se tipifica una nueva conducta consistente en el silenciamiento de ilegalidades en las inspecciones a las que estuviesen obligados efectuar. Aquí el pronombre y elemento típico “*su*” viene a determinar inconfundiblemente la necesidad de asumir personalmente la tarea competencial de control *ambiental* para poder ser sujeto activo.

Pensar lo contrario, y que, por tanto, cualquier funcionario pudiera ser el sujeto activo de los delitos estudiados supondría entender y reconocer que el único fundamento de protección de estos tipos penales sería exclusivamente la función pública en sí misma, lo que no es aceptable porque, como ya se ha afirmado en varias ocasiones, se estaría desatendiendo el verdadero interés -aunque no único- que subyace

---

<sup>527</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, *ob. ult. cit.*, p. 247.

<sup>528</sup> En este sentido habrá que acudir principalmente a las siguientes normas administrativas: art. 228.2 TRLRSOU de 1976, arts. 124 y 172 a 175 del RD 2568/1986, del 28 nov., del Rgto. de Organización y funcionamiento de las Entidades Locales, art. 54.1 del RD Legislativo 781/1986, de 18 abril, art. 82 de la Ley 30/92 de RJAP y PAC y art. 4 del RDU.

<sup>529</sup> BARRIENTOS PACHO, *Delitos relativos a la ordenación del territorio*, LL. 1996-6, p. 1.560.

<sup>530</sup> En este sentido se requiere -aparte de los informes pertinentes- la preceptiva autorización administrativa previa de la pertinente Dirección General del patrimonio histórico y la licencia municipal del Ayuntamiento donde estuviere situado el bien. Es insuficiente para legitimar las obras la falta de la previa autorización de los organismos competentes en materia de patrimonio cultural. Vid. ARIAS EIBE, *El Patrimonio Cultural, La nueva protección en los arts. 321 a 324 CP de 1995*, cit., p. 156; y FARRÉ DIAZ, *Delitos relativos a protección del patrimonio histórico-artístico*, en *Delitos relativos a la ordenación del territorio y protección del patrimonio histórico, medio ambiente y contra la seguridad colectiva*, 1999, cit., p. 137.

en los arts. 320, 322 y 329 CP y que no es otro que el amparo de los valores enunciados en el encabezamiento del Tit. XVI del Libro II del CP.

El problema se plantearía en los supuestos en que las autoridades o funcionarios públicos, que efectuasen las conductas típicas de estos tres delitos, careciesen de capacidades, facultades o competencias válidas para emitir los informes favorables, para conceder las licencias o, en el caso del art. 329 CP, para inspeccionar determinadas instalaciones, y, por tanto, en saber cómo se ha de actuar penalmente contra estas personas por su comportamiento realizado disfuncionalmente.

Al respecto hay que distinguir tres situaciones bien diferenciadas que pudieran concurrir y que son las siguientes:

1. Casos de incompetencia absoluta de la autoridad o funcionario público que realiza las conductas de los arts. 320, 322 y 329 CP. En este supuesto se hallarían las personas que, por iniciativa propia y careciendo del preceptivo título de participación, ejercitasen funciones públicas; es decir, serían los llamados *funcionarios de hecho* que realizan irregularmente estas conductas delictivas. Estos sujetos no pueden ser considerados funcionarios de derecho y desde luego sus actos deberían ser considerados como nulos de pleno derecho e inexistentes en virtud del art. 62.1,b) de la Ley 30/1992<sup>531</sup>. Por tanto, su emisión de informes (como actos administrativos de trámite que son), su concesión de licencias o su silenciamiento al inspeccionar, deberían ser impunes respecto a los citados arts. 320, 322 y 329 CP<sup>532</sup>. Sin embargo, esos sujetos deberían ser considerados como “particulares” a efectos penales y su responsabilidad podría encauzarse a través del art. 402 CP<sup>533</sup>.
2. Casos de incompetencia relativa de la autoridad o funcionario específico para la realización de las conductas de los arts. 320, 322 y 329 CP. En dichos supuestos se hallarían todos aquellos sujetos que habiéndose incorporado legítimamente al desempeño de las funciones públicas y desarrollando de manera efectiva sus funciones, dentro de las competencias vinculadas a la ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente asignadas, se descubriera en un determinado momento que no reunían las condiciones exigibles por el ordenamiento jurídico-

---

<sup>531</sup> Según éste artículo 62.1 “Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:.....

b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio“.

<sup>532</sup> Vid. MATELLANES RODRÍGUEZ, *ob. ult. cit.*, p. 251.

<sup>533</sup> Según éste: “El que ilegítimamente ejerciere actos propios de una autoridad o funcionario público atribuyéndose carácter oficial, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años “.

administrativo para ocupar el cargo. Es decir, que siendo el acto de nombramiento del funcionario en un principio ajustado a Derecho, se comprobase en un momento posterior la concurrencia de un vicio que lo debe invalidar. Aquí, la doctrina española no tiene una postura unitaria. RODRÍGUEZ DEVESA<sup>534</sup> entiende que los actos realizados por ellos, mientras no se ponga término a la anómala situación, tienen, a los efectos penales, el carácter de acto realizado por funcionario público (efectos *ex nunc*) en cuanto reuniría las condiciones del art. 24 CP. Por consiguiente, los funcionarios *aparentes* o *viciados* podrían ser sujetos activos de cada uno de estos tres delitos analizados<sup>535</sup>. En sentido opuesto, MATELLANES RODRÍGUEZ<sup>536</sup> entiende que el acceso a la función pública por parte de quien no tiene condiciones legales para ello implica un defecto esencial invalidante del título de integración al ejercicio de la función pública en concepto de funcionario. Al quebrarse el principio de legalidad, la designación es ilegal, la incorporación es nula y el comportamiento del *intruso* ha de ser equiparado al de quien no es funcionario y procede a actuar como arbitrario realizador de la función. Por tanto, entre el funcionario absoluta o radicalmente incompetente (por carecer de título) y aquél que accede a la función pública concurriendo un vicio en el procedimiento de acceso, no existen diferencias a efectos de la aplicación de los arts. 320, 322 y 329 CP. Resumiendo, los funcionarios *aparentes* no podrían ser sujetos activos de estos delitos; según esta autora, su responsabilidad vendría por la vía, en su caso, de los arts. 405<sup>537</sup> y 406<sup>538</sup> CP.

Al respecto, y contrariamente a lo expuesto por MATELLANES, personalmente considero que sí que existen diferencias o matices entre el funcionario carente de título alguno (incompetencia radical) y el funcionario en el que concurre vicio en el procedimiento para la obtención del rango funcional. Evidentemente, tan profunda problemática del Derecho administrativo no puede ser tratada aquí con el

---

<sup>534</sup> VID. RODRÍGUEZ DEVESA, *DP PE*, ed. 1973, p. 977. En mismo sentido TORO MARZAL, *Comentario al art. 119 CP*, en ComCP de Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo, t. II, p. 739.

<sup>535</sup> Ello sin perjuicio de que pudiera concurrir otras responsabilidades vinculadas al nombramiento ilegal de los arts. 405 y 406 CP.

<sup>536</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, *Medio Ambiente y Funcionarios Públicos*, cit., p. 252.

<sup>537</sup> Art. 405: “A la autoridad o funcionario público que en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años”.

<sup>538</sup> Art. 406: “La misma pena de multa se impondrá a la persona que acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión mencionada en el anterior, sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles”.



rigor necesario en un trabajo como el presente, pues desbordaría la extensión del mismo. Ahora bien, es necesario analizar una serie de aspectos para poder posicionarse sobre la cuestión. En primer lugar, según una asentada doctrina<sup>539</sup> y jurisprudencia administrativista<sup>540</sup> constituye un principio jurídico, precisamente en atención al interés público que persiguen los actos administrativos, el que únicamente deben tomarse en consideración gravísimas infracciones legales para que proceda declarar la nulidad de dichos actos; es decir, se le otorga un carácter de excepcionalidad a las declaraciones de nulidad. Por ende, cualquier otra infracción del ordenamiento jurídico en que incurran los actos administrativos tenderán a ser considerados como actos anulables. En este sentido, como acertadamente afirma VIVES ANTÓN<sup>541</sup>, por principio, no todo vicio de competencia desnaturaliza el carácter de función pública de la actividad, ni en consecuencia, hace perder al agente su condición de funcionario público. Por esto precisamente, en mi opinión, se puede afirmar que este segundo supuesto planteado, de incompetencia relativa, está tan próximo al artículo 63<sup>542</sup> de la Ley 30/1992, como lo estaba el art. 62 de la misma Ley respecto a la incompetencia absoluta a la que se hizo referencia en el inciso anterior.

---

<sup>539</sup> Por todos, ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo*. 11ª. ed. 1.995, p. 533; y GONZÁLEZ PÉREZ, *Procedimiento Administrativo Municipal*. 1ª. ed. 1978, p. 356.

<sup>540</sup> En efecto, como dice la STS, Sala 3ª, de 7-7-1990 (EDJ 1990/7337): “Si bien, y como ha puesto de relieve una abundante jurisprudencia (STS de 23-3-1969, 4-6-1970, 23-5-1970, 13-2-1971, 14-11-1975, 11-5-1977 y 24-2-1979, amén de otras posteriores), la regular tramitación de las actuaciones administrativas es inexcusable presupuesto del proceso jurisdiccional que debe preceder a todas las demás cuestiones, e incluso examinarse de oficio antes de contemplar los problemas de legalidad que podrían plantear los concretos actos impugnados; esta doctrina no es tan rigurosa que exija en todos los casos de vicios de forma la retroacción del procedimiento al momento en que se cometió la falta, con anulación de actuaciones posteriores, pues como dicen las STS de 23-6-1962, 23-2-1963 y 15-6-1984 y 27-12-1984, es principio jurídico en el derecho público que *únicamente deben tomarse en consideración gravísimas infracciones legales para que proceda declarar la nulidad del acto administrativo y que la nulidad por defectos de forma no se produce más que cuando éstos son esenciales o privan al interesado de las garantías de defensa que la Ley le otorga*, como también que el principio de economía procesal permite dejar a un lado la posible nulidad y consiguiente repetición de lo actuado, que ninguna novedad traería, siendo preferible entrar en el fondo del asunto”.

En sentido parecido la STS, Sala 3ª, 18-11-2002 (EDJ 2002/51420) proclama como “obligado atender a este criterio de regulación conjunta del procedimiento no sólo por expreso apoyo en el principio que resulta de la Disposición Transitoria de la Ley de Procedimiento Administrativo, *sino también por la necesidad de dar primacía a la certeza y seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) de las situaciones y relaciones intersubjetivas, principio fundamental que podría verse comprometido en caso de acordar la nulidad del acto*”.

<sup>541</sup> Vid. VIVES ANTÓN, *Detenciones ilegales*, en *La detención: Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes*, de Vives Antón/Gimeno Sendra, 1977, cit., p. 53.

<sup>542</sup> Según este artículo 63: “1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”.

Esta diferenciación tiene trascendental importancia especialmente respecto a la eficacia de los actos que pudieren realizar estos funcionarios *aparentes* respecto a las conductas recogidas en los arts. 320, 322 y 329 CP (como son la emisión de informes a favor, concesión de licencias etc.), que es principalmente lo que aquí interesa. Es cierto que solamente comprobando en cada caso concreto el nivel de la infracción legal acaecida respecto al irregular ejercicio del cargo por parte del funcionario *ambiental* (en sentido amplio) podrá determinarse ante qué tipo de incompetencia nos hallamos, pero no es menos cierto que, en principio, los actos llevados a cabo por el funcionario público carente de título -que serán nulos- han de tener un efecto *ex tunc*, en tanto que tales actos deben considerarse que nunca existieron, mientras que los actos realizados por el funcionario aquí denominado *aparente* (que posee título pero *ex post* aparece viciado) -que sólo serán anulables- produce unos efectos *ex nunc* y, por tanto, sólo desde el momento en que se constata el vicio existente en el empleado público el acto será ineficaz.

Así pues, en mi opinión, se podrá considerar como sujeto activo de los delitos 320, 322 y 329 CP a los servidores públicos *aparentes* que realicen informes favorables o concesiones de licencias -injustos- durante el periodo anterior a la comprobación del vicio que declare ineficaz su actuación.

3. Casos en los que la autoridad o el funcionario público, ostentando conforme a Derecho esos cargos, invadiere competencias *ambientales* que no le incumben, realizando las conductas de los arts. 320, 322 y 329 CP. En estos supuestos se hallarían aquellos funcionarios públicos que realizasen las conductas típicas de los delitos estudiados, a pesar de que estuviesen destinados en otros departamentos distintos a los de la ordenación territorial, patrimonio histórico y medio ambiente. La solución a esta disyuntiva no es nada fácil. El considerar que estas personas no pueden ser responsables de los delitos en cuestión, propiciaría, e incluso alentaría, enormes corruptelas: bastaría que los informes a favor, la concesión de las licencias o, en su caso, las inspecciones (del art. 329 CP) fuesen firmados por los funcionarios de Derecho de otros departamentos -incompetentes en materias *ambientales*- para vaciar de contenido a este tipo de delitos.

Tampoco es satisfactoria la solución propuesta por MATELLANES RODRÍGUEZ<sup>543</sup> quien propugna que no sería desatinado aplicar a estos supuestos el art. 402<sup>544</sup> CP, aunque ello supondría el pasar por alto el hecho de que el legislador, al prever la punibilidad de las conductas del funcionariado *ambiental*, lo hizo en atención a un especial injusto (el *ambiental*) y a la enorme trascendencia que sus comportamientos pudieran tener para las materias a las que se refieren tales delitos específicos (ordenación territorial, patrimonio histórico y ambiente). Por eso, aunque estas conductas en las que se invaden competencias funcionariales se ajustan al art. 402 CP, también hay que entender que se adaptan mejor a los supuestos de estos tipos específicos; por ello la citada autora defiende la existencia de un concurso aparente de leyes a resolver por la regla de la especialidad del art. 8.1 CP, entre los arts. 329 y 402 CP, en el que se dejaría desbancado este último por limitarse a los casos en el que el único interés afectado sería la salvaguardia de la fe pública. Al respecto, personalmente considero que este concurso es difícil que pudiera concurrir ya que el art. 402 CP se refiere a “la usurpación de funciones públicas e intrusismo” y desde luego el funcionario que invadiere competencias *ambientales* no se puede decir que estaría usurpando ninguna función pública dado su específico carácter funcional y su permanente participación en el ejercicio de esas funciones. Asimismo, el citado precepto (402 CP) no va dirigido a los funcionarios públicos, sino que tan sólo afecta -según se deduce del enunciado del Cap. V del Tit. XVIII- a sujetos que no ostentan esa condición funcional (contrariamente a lo que acontecería respecto a ese funcionario que invadiere competencias *ambientales*), es decir, los particulares<sup>545</sup>.

Estamos, así pues, ante una situación de difícil solución y aparentemente contradictoria. En efecto, mientras que, por un lado, hay que pensar que las autoridades y funcionarios públicos a los que se refieren los artículos analizados han de ser únicamente los que desarrollen su función pública en las materias que nos atañen, por otra parte, podría darse el caso de que hubiera invasiones competenciales llevadas a cabo por otros funcionarios de derecho de otras dependencias. A su vez esas conductas no podrán quedar impunes por el alto nivel de injusto que ostentan.

---

<sup>543</sup> MATELLANES RODRIGUEZ, *Medio Ambiente y Funcionarios Públicos*, cit., pp. 255-256.

<sup>544</sup> Art. 402: “El que ilegítimamente ejerciere actos propios de una autoridad o funcionario público atribuyéndose carácter oficial, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años”.

<sup>545</sup> Vid. LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995 y la Voluntad del Legislador*, 1996, p. 175.

Sin embargo, habría que descartar la aplicabilidad del 402 CP, siendo en mi opinión la única solución posible la aplicación de los arts. 320, 322 y 329 CP para los citados supuestos<sup>546</sup>.

## 2.5. Toma de postura en relación a las autoridades y funcionarios públicos.

La decisión del legislador de establecer como sujetos activos de los arts. 320, 322 y 329 CP a las autoridades y funcionarios públicos, no es acertada por un doble motivo: en primer lugar por ser reiterativo el uso del doble concepto utilizado, en tanto que las autoridades son funcionarios públicos durante todo el tiempo que desempeñen el cargo; y en segundo lugar, porque no quedan suficientemente recogidos todos los sujetos que participan en funciones públicas *ambientales*, cuando informan favorablemente el otorgamiento de licencias *ambientales*, o cuando asumen competencias de control o inspección en ese ámbito.

El punto de partida para determinar el sujeto activo en estos delitos tenía que haber sido, esencialmente, el concepto de “participación en la función pública”. El legislador penal debería haber reflexionado en qué personas, de forma directa, puede recaer la obligación de garantizar una ordenación territorial racional, un patrimonio histórico que se conserve o un medio ambiente equilibrado, para concretar mejor esta cuestión. Si lo hubiera hecho de esta forma, habría comprobado que esa *participación* no sólo recae sobre los funcionarios públicos (entre los cuales están las autoridades), sino que también hay otro gran número de personas que velan por ese *entorno* digno, bien informando favorablemente la concesión de licencias *ambientales* o bien llevando a cabo funciones de control o inspección. Desde luego, existe una enorme diversidad de sujetos que pueden *informar* en relación con los arts. 320, 322

---

<sup>546</sup> En esta línea, MILAN DEL BOSCH entiende, en *Delitos sobre el patrimonio histórico*, en Derecho penal administrativo, 1997, p. 229, que tanto en el 322.1 CP como en el 322.2 CP, primer inciso (resolver por sí mismo), el funcionario o autoridad cometerían la conducta típica, emitiendo informe o concediendo la licencia a sabiendas de su injusticia, aún en el caso de que no tuvieran otorgada o atribuida la competencia para realizar dichos actos (ello sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera incurrir por arrogarse funciones que no le competen).

y 329 CP, sin que reúnan la condición funcionarial, quedando, así pues, al margen de estos tipos penales.

Por ello considero que, ante la dificultad de modificarse el art. 24 CP en el sentido de establecer nuevos criterios que definan lo que habría que entender por estos empleadores públicos, hubiera sido mucho más acertada la inclusión de los “funcionarios públicos y facultativos” como sujetos activos de estos tres delitos. Dentro del primer concepto entrarían, obviamente, todo tipo de autoridades (aunque se excluiría la actividad privada de los funcionarios públicos), mientras que dentro de segundo (facultativos) quedarían englobados, por ejemplo, técnicos contratados por ayuntamientos u organismos oficiales, despachos profesionales, el personal de empresas privadas participadas por el Estado, peritos independientes, o las personas que trabajasen para las ECas, etc. Con esta formulación, en buena medida, también quedaría resuelta la enorme problemática relativa a los casos de incompetencia absoluta o relativa de los funcionarios públicos que realizaren las conductas típicas de los delitos analizados, pues se podría entender que en la realización de sus actos administrativos “viciados”, habrían actuado como facultativos.

En mi opinión tampoco tiene explicación que el legislador no previese dentro de los apartados primero de estos delitos, la posibilidad de que el funcionario público (o, en su caso, facultativo, según se propone *de lege ferenda*) no pudiesen actuar en la comisión de estos delitos -a través de la conducta de informar a favor- como miembros de órganos colegiados (sí previsto en el apartado segundo de los delitos estudiados). La importancia de esta previsión es grande puesto que los Colegios profesionales, por ejemplo, pueden realizar los informes de los arts. 320, 322 y 329 CP, por encargo de la Administración, en cuyo caso el carácter de los mismos tendría que ser *colegiados*.

## **2.6 Sobre el sujeto pasivo en los delitos de los arts. 320, 322 y 329 CP.**

No es posible finalizar todo el aspecto referente a los sujetos de estos delitos analizados sin concretar -aunque sea brevemente- el sujeto pasivo de los mismos, ya que esto tiene significativas consecuencias, sobre todo, en el aspecto procesal penal.

Como principio, y desde el punto de vista general, el sujeto pasivo ha de ser el titular o portador del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito<sup>547</sup>. Sólo la titularidad del bien jurídico puesto en peligro determina la condición de sujeto pasivo. El problema *ab initio* que aparece a la hora de su determinación es que los arts. 320, 322 y 329 CP son unos delitos de naturaleza colectiva o de carácter comunitario, por lo que este sujeto se muestra de un modo vago y borroso, concurriendo, por tanto, un interés difuso al respecto<sup>548</sup>. Consecuentemente, como señala un sector doctrinal<sup>549</sup>, el sujeto pasivo de estos delitos funcionariales *ambientales* sería, como depositarios de un interés plural, la *colectividad* entendida como el conjunto de habitantes del territorio o del entorno donde se hubiera cometido el delito. Sin embargo, como advierte correctamente MATELLANES RODRÍGUEZ<sup>550</sup>, la afirmación de que el sujeto pasivo sería la “colectividad”, necesita mayor precisión al hallarnos ante unos delitos pluriofensivos en donde además de los intereses del territorio, del patrimonio histórico y del *entorno*, está también el correcto funcionamiento de la Administración pública<sup>551</sup>. Para su determinación es preciso analizar al sujeto pasivo en cuanto al interés penalmente protegido en relación con cada una de las conductas tipificadas en los tres artículos que nos interesan. En primer lugar y respecto a la conducta de “informar a favor de la concesión de una licencia ilegal” es claro que en lo que se refiere al correcto funcionamiento de la Administración pública habría una afectación a su interés, y entonces sería la “comunidad” la que aparecería como sujeto pasivo del delito. Distinta debería ser la posición respecto a la afectación del llamado “bien *ambiental* (en sus distintas formas)” el cual -por esta vía del informe- tan sólo muy lejanamente sería puesto en peligro el mismo, con la ambigüedad que supondría hablar de que la *colectividad* pueda ser sujeto pasivo del delito por esta vía. En cuanto se refiere a las conductas de los apartados segundo de los delitos analizados

---

<sup>547</sup> MIR PUIG, *DP PG*, 8ª. ed., 2008, p. 220; y CEREZO MIR, *Curso de DP español, PG, II Teoría jurídica del delito*, 6ª. ed. 1998, p. 74.

<sup>548</sup> MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, *DP PG*, 3ª. ed., 1998, p. 294 y *DP PG*, 7ª ed., 2007, p.81.

<sup>549</sup> Vid., entre otros, BLANCO LOZANO, *El Delito Urbanístico*. cit., p. 104; y GARCÍA PLANAS, *El Delito Urbanístico. (Delitos relativos a la Ordenación del Territorio)*, cit., p. 62.

<sup>550</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, *Medio ambiente y funcionarios públicos*, cit., p. 412.

<sup>551</sup> Como mantiene RODRÍGUEZ MOURULLO, en *DP PG*, 1ª. ed., p. 282, conviene distinguir al respecto la diferenciación existente entre el sujeto pasivo del delito (que es el titular del bien jurídicamente amparado) y el sujeto pasivo de la acción (que es la persona sobre la que incide la acción típica y que, por tanto, puede aparecer también como objeto material). A veces hay coincidencia entre ambos, pero en el caso de los arts. 320, 322 y 329 CP no la hay, ya que una cosa es el sujeto que recibe la licencia (que sería el sujeto pasivo de la acción) y otra es el titular del bien jurídico penalmente protegido, que sería la colectividad.

(concesión *per se* de la licencia injusta o a través del voto a favor en cuanto a los órganos colegiados), sí que habría que entender que sería la “comunidad” el sujeto pasivo respecto a los dos intereses que se pretenden amparar. Efectivamente, con tan reprochables conductas funcionariales la función pública se ve claramente afectada y no hemos de olvidar que ésta se muestra como un interés jurídico de titularidad común, pues en base al art. 9 de la CE, los poderes públicos están sometidos al ordenamiento jurídico prohibiéndose radicalmente su arbitrariedad. Igualmente con esos comportamientos, los bienes reseñados que encabezan el Tit. XVI del Libro II del CP, también resultan claramente puestos en autentico peligro, máxime cuando el propio art. 45.2 de la CE reclama la indispensable solidaridad colectiva y vela por proteger y mejorar la calidad de vida de los ciudadanos a través del uso racional de todos los recursos. Precisamente por todo esto, también debe entenderse a la *colectividad* como sujeto pasivo de estos delitos (320.2, 322.2 y 329.2 CP) en cuanto se refiere a los intereses del territorio, patrimonio histórico y ambiente, pues con la concesión ilegal de la licencia a favor del particular, su lesión aparece como inminente.

Por su parte, la Sala Segunda del Tribunal Supremo<sup>552</sup> -como consecuencia del análisis del art. 325 CP, por supuesta contaminación acústica- entiende que realmente cabría pensar que el *sujeto pasivo sólo puede ser una pluralidad indeterminada y relevante de personas, dado que el medio ambiente no es un bien jurídico individual, sino colectivo. Sin embargo, tal bien penalmente protegido es también el hábitat de una o varias personas, es decir, el "conjunto local de condiciones geofísicas en las que se desarrolla la vida de una especie o de una comunidad animal o de personas". Aunque el Diccionario de la Real Academia Española no haga referencia al domicilio de las personas, es evidente que éste es el lugar en el que se desarrolla una parte importante de la vida humana y, en este sentido, también forma parte del medio ambiente. Las personas tienen, por lo tanto, derecho a que la porción del medio ambiente en el que viven una parte considerable de su vida esté protegido de todo ruido que no pueda ser considerado socialmente adecuado, como los que están legal y reglamentariamente proscritos. Consecuentemente, el sujeto pasivo del delito contra el medio ambiente no se caracteriza por el alto número de perjudicados, sino por la pertenencia a la especie cuya base biológica se desarrolla en el mismo.*

---

<sup>552</sup> Vid. STS de 27-4-2007 (EDJ 2007/25373).

Consecuencia directa y esencial de esta consideración (la “comunidad” como sujeto pasivo de los delitos de los arts. 320, 322 y 329 CP) es su legitimación procesal para solicitar la reparación del bien jurídico afectado, ello en base al art. 7.3 de la LOPJ<sup>553</sup> y del art. 125 de la CE<sup>554</sup>.

### **3. La injusticia y/o ilegalidad del acto o resolución y la supresión del término “arbitrario” como elementos objetivos de los arts. 320, 322 y 329 CP.**

#### **3.1 Problemática.**

Los delitos funcionariales específicos que se analizan en este trabajo establecen como primer elemento objetivo del tipo la circunstancia de que tanto el acto de informar favorablemente como el de conceder las licencias (sobre la ordenación del territorio, patrimonio histórico o medio ambiente), han de estar bajo los parámetros de la “injusticia“. Así se constata de manera clara en los dos apartados de los arts. 320, 322 y 329 CP.

Sin embargo, en los primeros apartados de cada uno de estos delitos (contrariamente a lo que acontece en el apartado segundo), el legislador ha utilizado diversas formulas terminológicas para plasmar el elemento típico de la injusticia. Así tenemos que el art. 320.1 CP se refiere tanto a la injusticia de los informes favorables, como a la contrariedad de las normas urbanísticas. Por su parte, el art. 322.1 CP exige tan sólo el carácter injusto de los informes a favor de los proyectos de derribo o alteración de edificio singularmente protegidos. Por último, en el art.329.1 CP es la

---

<sup>553</sup> El art. 7.3 LOPJ: “Los juzgados y tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción”.

<sup>554</sup> Art. 125 CE: “Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales”.

El Tribunal Constitucional a través de la sentencia 62/1983, de 11 de junio, ha interpretado tal precepto en el sentido de establecer, como regla general, que cuando el bien jurídico pueda ser atribuido a la colectividad, la acción popular es un derecho fundamental cubierto por el art. 24 CE.



“ilegalidad manifiesta” lo que desvalora el informe favorable tendente a otorgar licencias que autoricen el funcionamiento de industrias o actividades contaminantes.

Si estos tipos específicos se conectan con otros tipos funcionariales comunes, como pudieran ser los arts. 404 ó 405 CP (prevaricaciones comunes) o incluso los arts. 446<sup>555</sup> y 447<sup>556</sup> del mismo texto (prevaricaciones judiciales), donde la “injusticia” parece equipararse a arbitrariedad o ilegalidad, se comprobará la confusión terminológica que rodea a este elemento típico nuclear de los delitos de los funcionarios. El desbordamiento en el uso de elementos normativos, impropio de un Código que se presume quiere ajustarse a los principios de taxatividad y determinación y que por ello debiera haber evitado servirse de términos de multívoca significación, provoca -como señala VIRTO LARRUSCAIN<sup>557</sup>- una cierta inseguridad jurídica, al dejar totalmente en manos del juez la concreción de su contenido.

Dicho lo anterior, es preciso concretar qué ha de entenderse por “*injusticia*” funcional y si este término no supone más que una pura arbitrariedad y/o ilegalidad. En efecto, a esta conclusión podría llegarse si analizamos el derogado art. 358 CPA, donde la comisión del delito suponía dictar una “resolución injusta” (siempre que lo hiciera a sabiendas y en asunto administrativo). Sin embargo, en el vigente el art. 404 CP, la expresión (resolución injusta) se ha sustituido por la de *resolución arbitraria*, añadiéndose un *plus* mayor consistente en que se realizare “a sabiendas de su injusticia”. ¿Puede, por tanto, como se decía, equipararse lo “injusto” con lo “arbitrario”, suponiendo una redundancia el empleo de ambos términos? Por su parte, los tres tipos que se estudian en este trabajo omiten toda referencia a la arbitrariedad en favor de la *injusticia*. Por ello, es conveniente ver como está el debate de la cuestión desde el punto de vista doctrinal, para continuar exponiendo una posición personal y

---

<sup>555</sup> Art. 446 CP: “El Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado:

1º) Con la pena de prisión de uno a cuatro años si se trata de sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con la misma pena en su mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses si se ha ejecutado. En ambos casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.

2º) Con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años, si se tratara de una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por falta.

3º) Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injustas”.

<sup>556</sup> Art. 447 CP: “El Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años”.

<sup>557</sup> VIRTO LARRUSCAIN, *El delito de prevaricación del funcionario público*, en Delitos contra la Administración Pública, 1997, cit., p. 150.

terminar con una referencia a la vinculación existente entre los tres conceptos indicados que son: injusticia-arbitrariedad-ilegalidad.

### 3.2 Diferentes posiciones doctrinales respecto al elemento típico de la injusticia.

Para la comprensión de lo que ha de entenderse por “injusticia”, con la finalidad de determinar el alcance de ese elemento típico en los preceptos objeto de estudio, hay que detenerse en las diferentes posiciones doctrinales que hasta el momento se han venido sosteniendo al respecto. Se tomará como referencia lo que es el delito funcional de la prevaricación de los arts. 404 ó 446 CP<sup>558</sup>. En esta cuestión, cabe hablar de posicionamientos o teorías subjetiva, objetiva, intermedia, mixta y, por último, de la posición jurisprudencial.

Desde el punto de vista subjetivo<sup>559</sup> se estará en presencia de una “resolución injusta” cuando aparezca dictada *contra la convicción del autor*. No podrá hablarse de *prevaricación* cuando la resolución o acto administrativo es acorde a la convicción del autor, lo que no quiere decir que no sea ilícita sino que con ello se manifiesta simplemente que no concurrirá el tipo penal de la prevaricación. Este posicionamiento ha sido muy criticado por la doctrina española, en tanto que lo que hace no es ni más ni menos que despreciar el ordenamiento jurídico. Así MARTÍNEZ ARRIETA<sup>560</sup> afirma que, de cifrar el contenido del injusto en la convicción del funcionario público, se podría llegar al absurdo de entender constitutiva de prevaricación la con-

---

<sup>558</sup> Art. 404 CP: “A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años”.

El art. 446 CP aparece transcrito en la p.ina anterior a través de nota.

Por tanto, como indica LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en *Manual de DP PE* t. III, 1ª. ed., p. 187, la fundamentación de la prevaricación se encontraría en afirmar su existencia en aquellos casos en los que el sujeto se aparta del cumplimiento de sus deberes más propios y fundamentales, teniendo en cuenta el cargo que ocupa y la profesión que desempeña. Vid. asimismo, LUZÓN CUESTA, *Prevaricación*, en EPB, cit., 2002, pp. 1025-1028; y QUERALT JIMÉNEZ, *DP español PE*, 5ª. ed. 2008, pp. 1061 y ss.

<sup>559</sup> Esta posición es seguida principalmente por un sector minoritario de la doctrina alemana; entre otros MUSIELAK, SCHÜTZE, BENDIX, SPENDEL etc.; cits. por OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, en *La Prevaricación del funcionario público*, cit., p. 387.

<sup>560</sup> MARTÍNEZ ARRIETA, *Delito Urbanístico*, en *Empresa y delito en el NCP*, CDJ, nº. II 1997, pp. 196-197.

ducta del funcionario que dictase una resolución acorde a la ley sin tener la convicción de su procedencia. Por su parte OCTAVIO DE TOLEDO<sup>561</sup> considera que si ya es difícil comprobar la objetiva corrección o incorrección de la decisión de un asunto jurídico, mucho más complicado será comprobar cuál es el convencimiento que el funcionario tiene de lo que es “Derecho” y en averiguar que, efectivamente, actuó en contra de ese “*su* convencimiento” previamente determinado.

La teoría objetiva, seguida mayoritariamente por la doctrina española<sup>562</sup>, establece que el elemento de la injusticia debe contrastarse con el ordenamiento jurídico, de forma que, concurrirá cuando objetivamente pueda afirmarse que la resolución es contraria a derecho. Esta propuesta plantea problemas de aplicación cuando nos encontramos con disposiciones normativas que admiten diversas soluciones o aquellas que permiten el ejercicio de la discrecionalidad. Para resolver esta problemática OCTAVIO DE TOLEDO<sup>563</sup>, considera que para los casos de soluciones multívocas, o supuestos de discrecionalidad, una resolución o licencia -en cuanto acto de la Administración- será justa cuando la solución sea defendible: la defendibilidad existe en la medida en que se demuestre que la resolución ha sido alcanzada a través de medios y métodos científico-jurídicos, siempre que el funcionario haya procedido con respecto al deber intrínseco que le incumbe<sup>564</sup>.

Por su parte, otro sector muy minoritario de la doctrina alemana<sup>565</sup> intenta compatibilizar a través de una teoría mixta los criterios subjetivo-objetivos. Así entienden que para que la resolución (en el caso que nos interesa será el informe favorable o la concesión de la licencia) sea injusta se precisa no sólo que objetivamente sea

---

<sup>561</sup> OCTAVIO DE TOLEDO, *La Prevaricación del Funcionario Público*, cit., p. 389.

<sup>562</sup> Vid., entre otros, ORTS BERENGUER, *Delitos contra la Administración Pública (I). Prevaricación. Abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos. Desobediencia y denegación de auxilio. Infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos*, en DP PE, 2ª. ed., coord. Vives Antón, 2008, p. 660; y GUIASOLA LERMA, *Delitos contra el Patrimonio Cultural. Arts. 321-324 CP*, cit., p. 598.

<sup>563</sup> OCTAVIO DE TOLEDO, *ob. ult. cit.* p. 356.

<sup>564</sup> Por su parte, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en *Manual de DP PE*, tomo III, 1ª. ed., 1992, p. 203-204, precisa más esta posición cuando dice que no es posible mantener la injusticia del acto (que en el caso que nos interesa sería bien de informe bien de concesión de licencia) sólo cuando éste sea contrario a la ley, sino que será preciso resolver si la injusticia de la decisión aparecerá mediante la comparación (objetiva) de éste con lo dispuesto en la ley o, si por el contrario, resultará de su comparación "objetiva" con un derecho más allá de la ley. Se hace necesario buscar un baremo, legal o suprallegal, que nos permita calificar el acto de injusto. Encerrar la injusticia en la contradicción con la literalidad de una ley ordinaria no es viable en un sistema democrático. Tampoco lo es aceptar la existencia de un derecho suprallegal más allá o al margen de los principios constitucionales, por lo que la injusticia ha de encontrarse enmarcada en los límites que la Constitución establece. En definitiva la injusticia será la contradicción con la legalidad, pero entendiendo por tal la derivada de tomar en consideración los principios y valores constitucionales.

<sup>565</sup> Por todos, NIETHAMMER, HEINITZ Y BLEI; Cits. por OCTAVIO DE TOLEDO, en *ob. ult. cit.*, p. 351.

contraria a Derecho sino que además es necesario la existencia en el funcionario de un elemento subjetivo -como elemento típico no escrito- consistente en perseguir o tender hacia la contrariedad del Derecho.

Por otra parte, RUDOLPHI<sup>566</sup> propugna una postura intermedia, cual es la “teoría de los deberes” que, partiendo del rechazo total de la teoría subjetiva, la fundamenta a partir de la crítica de la teoría objetiva. Según su posición sería preciso que el sujeto que aplica el Derecho -en este caso el funcionario o autoridad- lesionase los deberes que le conciernen para que el informe favorable o la licencia, a los que se refieren los arts. 320, 322 y 329 CP, adquirieran el carácter de injusto. Con este posicionamiento no se pretende evitar que se realicen juicios objetivamente equivocados, sino que lo intentado es que los “empleados públicos” decidan contra su convicción jurídica interna y por motivos ajenos a la norma técnica de Derecho. En consecuencia, según esta construcción en los supuestos en que el funcionario se apartase de lo establecido en una norma jurídica inequívoca habría delito ya que lesionaría los deberes que subyacen a su condición. Por su parte, si la ley a aplicar fuese “multívoca”, admitiendo múltiples opciones, habría delito cuando objetivamente la solución adoptada no se moviese ya en el campo de lo sostenible, incidiendo fuera de los márgenes de lo jurídicamente aceptable. Asimismo, si el funcionario-sujeto activo se moviese todavía dentro de dichos márgenes, pero se adoptase la solución correspondiente por consideraciones ajenas a la norma técnico-jurídica, infringiéndose los deberes que le conciernen, habría que exigírsele también responsabilidad penal. Esta posición -en cierta medida elogiada por OCTAVIO DE TOLEDO<sup>567</sup>- es rechazada por GÓMEZ TOMILLO<sup>568</sup>. En efecto, según éste, la acción típica, en cuanto se refiere a la *injusticia*, implica la realización de un determinado comportamiento legislativamente descrito y no la vulneración de un determinado deber (pese a que lo primero puede llevar aparejado lo segundo, lo cual se debería verificar por contraste con la norma que expresamente determina sus deberes). Según GÓMEZ TOMILLO, elevar la infracción de un deber a la categoría de criterio decisor de cuándo se verifica la acción típica, no sólo no se adecua con los principios del actual Derecho penal, sino que además vulnera el principio de legalidad.

---

<sup>566</sup> Cit. por OCTAVIO DE TOLEDO, en *ob. ult. cit.*, p. 348.

<sup>567</sup> OCTAVIO DE TOLEDO, en *ob. ult. cit.*, pp. 350 y 356.

<sup>568</sup> GÓMEZ TOMILLO, *Urbanismo, función pública y Derecho penal*, cit., p. 113.

Tampoco se puede olvidar la posición que viene manteniendo la jurisprudencia española al respecto. Ésta ha adoptado la teoría objetiva antes reseñada pero con matices significativos, construyendo una noción de injusticia material o plus de anti-juricidad a partir del principio de intervención mínima que exige no identificar los conceptos de injusticia e ilegalidad. Para ello emplea dos criterios complementarios; el primero de ellos es construido sobre la base de la entidad o gravedad objetiva del desacuerdo de la resolución (acto del informe o licencia respecto a los preceptos que se estudian) con la legalidad, ya que es preciso un mayor desvalor de la conducta que el de la mera ilegalidad: la injusticia precisa una contradicción con la ley manifiesta, patente, grosera, notoria e incuestionable; el segundo de los criterios establecidos por la Sala 2ª. del Tribunal Supremo atiende a la gravedad del acto administrativo (informe/licencia) ilegal desde la perspectiva de sus consecuencias, esto es, de su entidad para producir lesividad social que se traduce en un trato de favor o de perjuicio a un tercero o de daño o riesgo a la cosa pública<sup>569</sup>.

---

<sup>569</sup> Así a título de ejemplo citaré las significativas SSTs (Sala 2ª):

1. STS 18-7-2005 (EDJ 2005/139446) que, remitiéndose a la de 28-11-1994, señalaba que la injusticia que requiere el tipo penal de la prevaricación "debe alcanzar la categoría de manifiesta e insufrible, debiéndose de apartar de los principios de objetividad y servicio de los intereses generales que le vienen impuestos por la Constitución"... ". No se da por el simple hecho de que se hayan vulnerado las formalidades legales, ya que estos defectos deben y pueden quedar corregidos en la vía administrativa. . . El Derecho penal solo justifica su aplicación en los supuestos en lo que el acto administrativo presente caracteres notoriamente contradictorios con los valores que deba salvaguardar y respetar el ejercicio de la función pública".
2. STS 7-2-1997 (EDJ 1997/504) la cual ha constreñido aún mas el requisito de la injusticia señalando que debe ser clara y manifiesta hasta tal punto que si en este tema existiera duda razonable, desaparecería el aspecto penal del hecho acaecido, para quedar reducida la cuestión a una mera ilegalidad en deparar en los correspondientes procedimientos administrativos".
3. STS 19-11-2008 (EDJ 2008/234539) que afirma: "La jurisprudencia se ha ocupado de la cuestión de la "injusticia" en numerosos precedentes, estableciendo la diferencia entre la ilegalidad administrativa y la prevaricación. Esta Sala, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el artículo 404 a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscribido por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa, lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución -por no tener su autor competencia legal para dictarla- o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis. Puede decirse, como se hace en otras sentencias, que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS de 23-9-2002 EDJ 2002/35937), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS de 17-5-2002 EDJ2002/16913) o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS de 25-1-2002 EDJ2002/1475). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o

### 3.3 Toma de postura respecto al elemento típico de la *injusticia*.

Considero que el elemento típico de la *injusticia* debe medirse en base a patrones objetivos como es la adecuación o no del acto administrativo al ordenamiento jurídico y, por ello, ha de vincularse a un elemento externo como es una resolución (o, en su caso, como acontece en la temática que se estudia, un informe o licencia). La “injusticia” no debe relacionarse a una actitud o a un comportamiento personal, pues, como afirma MATELLANES RODRÍGUEZ<sup>570</sup>, la misma “no es” *per se*, sino que “se manifiesta” en algo. En efecto, el informe o la concesión de la licencia a los que se refieren los arts. 320, 322 y 329 CP, para que tenga el carácter de injusto, ha de serlo objetiva y no subjetivamente: la injusticia debe ser medida en relación con el ordenamiento jurídico, de manera que es injusto el informe que efectivamente es contrario a éste, es decir, el que se aparta de modo objetivo de lo que es jurídicamente admisible.

En mi opinión, el informe es *injusto* y subsumible en los tipos de los arts. 320.1, 322.1 y 329.1 CP en los casos en los que se informa favorablemente la concesión de una licencia, pese a que el ordenamiento jurídico veta esa posibilidad. Igualmente tendrá el mismo carácter de injusto cuando se conceda la licencia relativa a la ordenación del territorio, del patrimonio histórico o del ambiente, en los supuestos indicados en los citados artículos, si la misma no puede ser otorgada por prohibirlo así la

---

funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

Este mismo criterio ha sido seguido posteriormente en otras sentencias, tal como la STS de 8-6-2006 (EDJ 2006/94060), en la que se dice que “La jurisprudencia de la Sala II, exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos («palmaria», «patente», «evidente» «es-perpéntica», etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo”.

4. Más discutible es el criterio empleado por la STS de 17-11-2005 (EDJ 2005/207184), analizada como Caso 9 al inicio de este trabajo, para la cual el elemento de la “injusticia” se cifra en el coeficiente de “arbitrariedad” de la decisión. Obrar de manera arbitraria es suplantar la ratio y el fin de la norma por personales razones y finalidades, convirtiendo la propia voluntad en fuente de una norma particular.

<sup>570</sup> MATELLANES RODRIGUEZ, *Medio ambiente y funcionarios públicos*, cit., pp. 286-287.

normativa vigente al respecto. Es evidente que la “ilegalidad” debe ser el primer componente de la injusticia, de modo que licencias o informes injustos han de ser actos administrativos que se apartan de la legalidad y de los principios constitucionales de imparcialidad, interés general y objetividad<sup>571</sup>. Sin embargo, no toda ilegalidad debe entenderse como injusta a los efectos que nos interesa de los arts. 320, 322 y 329 CP<sup>572</sup>, sino que sólo lo será la que sea evidente, flagrante o manifiesta<sup>573</sup>. La “injusticia” ha de reunir un “plus de antijuridicidad”, máxime teniendo en cuenta el enorme elenco de normas administrativas que han de servir como complemento a la determinación de la tipicidad<sup>574</sup>.

Este elemento típico puede provenir bien por la vulneración de normas sustantivas o procesales<sup>575</sup>, bien por la aplicación de normas anticonstitucionales o de una norma inadecuada u obsoleta, o por la contravención del derecho supranacional, todo ello tanto respecto al ejercicio de potestades regladas como en el ejercicio de potestades discrecionales, puesto que lo esencial e importante a los efectos de los preceptos penales que estudiamos es que la decisión de los funcionarios públicos, suje-

---

<sup>571</sup> Vid. SIERRA LÓPEZ, *La prevaricación específica del funcionario público en el marco de los delitos recogidos en el en el título XVI: su relación con la prevaricación genérica del art. 404 CP*, APen n.º. 36, 8-10-2000, p. 773; y GARCÍA ARAN, *La prevaricación administrativa. y otros comportamientos injustos en el CP de 1995*, en Revista Aragonesa de Administración Pública, dic. 1997, pp. 359-360.

<sup>572</sup> Así se constató en la STS de 2-11-1995 (EDJ 1995/5933), FD 4º., al decir: “la actuación del acusado concediendo la licencia y alzando la paralización de las obras para evitar mayores perjuicios a los cooperativistas, al haberse adoptado una vez que el Pleno de la Corporación Municipal, sin oposición alguna, había recalificado los terrenos como urbanizables, “en un marco de consenso” como dice la Sentencia impugnada, es formalmente ilegal pero no materialmente injusta -en el sentido propio del delito de prevaricación- al no constituir un torcimiento del Derecho tan patente y grosero que pueda ser apreciada por cualquiera”.

<sup>573</sup> Específicamente, OCTAVIO DE TOLEDO entiende, en *La prevaricación del funcionario público*, cit., p. 389, que nada hay que obligue a afirmar la necesidad de que la “injusticia” haya de ser *manifiesta* como requiere la jurisprudencia. Otro sector de la doctrina española, vid. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, *Conclusiones de la mesa redonda. La responsabilidad de los funcionarios ante los delitos urbanísticos en los Tribunales de Justicia*, en Delitos contra el Urbanismo y la Ordenación del Territorio, cit., p. 244; y ESCANILLA PALLÁS, *La responsabilidad de los funcionarios ante los delitos urbanísticos en los Tribunales de Justicia*, en Delitos contra el Urbanismo y la Ordenación del Territorio, cit., p. 226, también critica el hecho de que el Tribunal Supremo fije tan restrictivamente y con tantas exigencias las condiciones para la concurrencia de este elemento típico de la “injusticia”, ya que con ello se está colocando un importante obstáculo para la aplicación tanto del tipo del art. 404 CP como de los arts. 320, 322 y 329 CP.

<sup>574</sup> Vid. CANCIO MELIÁ, *La responsabilidad del funcionario por delitos contra el medio ambiente en el CP español*, ADPCP, t. LII, 1999, p. 151.

<sup>575</sup> Así lo determinó la STS 19-2-2006 (EDJ 2006/29228) cuando afirma: “a la hora de concretar el contenido de esa injusticia o arbitrariedad conviene recordar que puede radicar en la absoluta falta de competencia del funcionario o autoridad, en la inobservancia de alguna norma esencial del procedimiento, en la ausencia de razonamiento, o en el contenido sustancial de lo resuelto”.



tos activos del delito, suponga un ataque a la legalidad en el sentido de una patente contradicción con el ordenamiento jurídico<sup>576</sup>.

### **3.4 La conexión entre la injusticia-arbitrariedad-ilegalidad (manifiesta) en los arts. 320, 322 y 329 CP.**

Estamos aquí ante tres conceptos normativos que detentan una buena dosis de ambigüedad, o, como afirma ROMÁN GARCÍA<sup>577</sup>, indeterminación, y que se vienen utilizando indistintamente en el CP respecto a los diferentes delitos cometidos por los funcionarios públicos, precisamente, para expresar similares ideas o elementos típicos.

Cabe destacar que el uso de tan diferentes términos provoca una importante inseguridad jurídica, pues deja totalmente en manos del juzgador la concreción del contenido del tipo en cada uno de estos delitos. En este sentido cabría preguntarse qué añade la injusticia a la ilegalidad o qué matiza la arbitrariedad respecto de la injusticia<sup>578</sup>.

La conceptualización del elemento típico de la “injusticia” ya fue expresada con anterioridad. Sin embargo, respecto a la arbitrariedad, nada se ha dicho hasta ahora, aunque sin duda que hay que hacerlo a pesar de que expresamente no aparezca como elemento típico de ninguno de los artículos objeto de estudio. En principio, “arbitrario” es la facultad que tiene el hombre de adoptar una resolución con preferencia a otra: la voluntad no gobernada por la razón sino por el apetito o el capricho<sup>579</sup>. Expresa “el acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por

---

<sup>576</sup> Vid. VIRTO LARRUSCAIN, *El delito de prevaricación del funcionario público*, en *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 156; OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, cit., pp. 390-391; y PRATS CANUT, *Responsabilidad penal de las autoridades y funcionarios municipales en material ambiental*, Cuadernos Jurídicos nº. 27. Febrero 1995, p. 40.

<sup>577</sup> ROMÁN GARCÍA, *Delitos sobre la ordenación del territorio*, en *Derecho penal administrativo*, cit. p. 121.

<sup>578</sup> VIRTO LARRUSCAIN, *ob. ult. cit.*, en *Delitos contra la administración pública*, cit., 1997, p. 150.

<sup>579</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el CP*, LL. 1996-5, pp. 1522-1523.



la voluntad o el capricho”<sup>580</sup>. En definitiva, un informe o licencia arbitraria es aquel que en sí o en su procedencia encierra una injusticia o contrariedad a las leyes y que se ha dictado con voluntad y sin fundamento razonable. Es una resolución injusta guiada por la voluntad de quien la dicta<sup>581</sup>. Se observa, por tanto, claramente aquí el vínculo conceptual del trinomio referido en el título de este subepígrafe.

Sin embargo, la doctrina no llega a ponerse de acuerdo al respecto, matizando determinados aspectos entre lo que supone la injusticia y lo que es la arbitrariedad. Así LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN<sup>582</sup> señalan que la relación entre la injusticia y la arbitrariedad que aparece en el art. 404 CP<sup>583</sup> (“a sabiendas de su injusticia.....dictare una resolución arbitraria”) debe entenderse como resolución claramente opuesta a la legalidad que se castiga cuando es, además, arbitraria, o sea, dictada con absoluto apartamiento de las normas y sobre todo con respecto a los principios constitucionales, que, junto al de legalidad dominan la actuación de la Administración pública.

GONZÁLEZ CUSSAC<sup>584</sup>, por su parte, hablando de los delitos relativos al ejercicio de la función pública, afirma que su esencia se encuentra en la idea de arbitrariedad, y precisamente esta idea constituye el eje para el entendimiento del término "injusticia" que se contiene en el delito de prevaricación. En realidad para la intervención del Derecho penal no basta con dictar una resolución contraria a Derecho, pues ello toparía con la misma concepción del sistema de recursos; se requiere algo más para que concurra la "injusticia" exigida por el tipo penal, y ese *plus* lo aporta la idea de arbitrariedad, como equivalente a "torcer el Derecho", a "forzarlo" en el sentido de tomar una decisión que se sitúa completamente fuera del ordenamiento jurídico y que jamás podría tener cabida en el mismo, no siendo posible su convalidación. Se trata en consecuencia de un parámetro interpretativo puramente objetivo y muy cercano a la noción de abuso de poder.

---

<sup>580</sup> Diccionario RAE, 21ª ed. 1992, t. I, p. 111.

<sup>581</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *ob. ult. cit.*, p. 1523.

<sup>582</sup> LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El CP de 1995 y la Voluntad del Legislador*, cit., p. 177.

<sup>583</sup> En el debate parlamentario del art. 404 NCP la referencia a la arbitrariedad fue criticada por el Grupo Popular, entendiendo que o la arbitrariedad está ya incorporada al concepto de injusticia o se trata de un plus injustificado cuando se parte de que la resolución debe ser injusta. Por su parte el Grupo Parlamentario Socialista entendió que el concepto de resolución arbitraria era aceptable ya que iba más allá del mero concepto de resolución ilegal.

<sup>584</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos de los funcionarios públicos: cuestiones generales. La prevaricación como figura residual*, en *Delitos de los funcionarios públicos*, CDJ 1994, pp. 67-68.

OCTAVIO DE TOLEDO<sup>585</sup> entiende que este doble uso de conceptos (arbitraria/injusta en el art. 404 CP e injusta en los arts. 320, 322 y 329 CP) es perturbador. Define la arbitrariedad como aquella resolución que en sí o en su procedencia encierra una injusticia o contrariedad a las leyes y que se ha dictado con voluntad y sin fundamento razonable. La injusticia es el espacio conceptual en el que se sitúa la arbitrariedad; o dicho de otro modo, si el género es la injusticia -afirma-, la arbitrariedad es una “especie”. Ésta se distingue por el elemento subjetivo que incorpora, la voluntad, y por la necesidad que supone atender a la motivación o fundamento que ha llevado al funcionario público a emitir su decisión. La novedad que parece suponer la reforma operada entre los artículos 358 CPA y el 404 NCP se resume -para OCTAVIO DE TOLEDO- en el implícito elemento subjetivo de lo injusto que contiene el término típico de la “arbitrariedad”. En definitiva, una “licencia o informe arbitrario” es un acto administrativo injusto guiado por la voluntad.

Por último, y en sentido parecido a este último autor, para MATELLANES RODRÍGUEZ<sup>586</sup> el elemento injusticia significa ilegalidad en el sentido más amplio de la palabra como contradicción a todo el sistema jurídico de principios y normas jurídicas en las que aquéllos actúan y cuyo núcleo director es la Constitución. Ahora bien, para que sea típica la concesión de la licencia injusta (o el informe favorable) debe ser también arbitraria en el sentido de que implique la adopción de una decisión ilegal tan rotunda que produzca un atropello al ordenamiento jurídico manifiesto para todos y, en primer lugar, conocido y decidido por el emitente (funcionario público). Se deduce aquí que la arbitrariedad es una concreción específica de la injusticia donde subyace el doble carácter objetivo-subjetivo, al establecerse una profundísima relación entre los elementos “arbitrario” y “a sabiendas”. Según esta autora, el legislador ha tenido interés en acotar todo lo posible el elemento de la “injusticia” a los efectos de dotarle de una mayor certeza y determinación.

Por mi parte considero que el elemento típico y esencial de la *injusticia* reflejado en los arts. 320, 322 y 329.2 CP es plenamente equiparable a la “manifiesta ilegalidad” expresada a través del tipo del art. 329.1 CP. La ausencia de referencia expresa a la arbitrariedad en estos preceptos no debe modificar la línea interpretativa de di-

---

<sup>585</sup> OCTAVIO DE TOLEDO, *El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el CP*, LL 1996-5, p. 1513.

<sup>586</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, *Medio ambiente y funcionarios públicos*, cit., pp. 288-294.

chos conceptos<sup>587</sup>. Téngase en cuenta, y esto no se puede olvidar, que al requerirse en estos tipos penales que las licencias o informes sean *injustos* (o *manifiestamente ilegales*) *a sabiendas* de ello, subyace que los mismos han de ser arbitrarios ya que unos actos administrativos con esos condicionantes, *per se*, solo pueden ser considerados así. Sin embargo, posiblemente hubiera sido más acertado que el legislador hubiera utilizado la expresión “*a sabiendas de su arbitrariedad*“, al ser mucho más precisa desde una interpretación gramatical<sup>588</sup> y engloba mejor la idea que se pretende tipificar.

Por tanto, entiendo que la injusticia para que sea típica ha de ser igualmente manifiesta. Esto supondrá arbitrariedad en el sentido de no ser más que una representación de la injusticia palpable y evidente<sup>589</sup>.

#### **4. El “informe favorable” como primera conducta típica de los delitos analizados.**

Cuando el legislador considera la necesidad y oportunidad de tipificar esta conducta como elemento objetivo, lo que quiere reflejar es precisamente la trascendencia que tiene el dictamen realizado por el sujeto especialista (funcionario público) y su capacidad de influencia en la resolución que dictará el funcionario competente, generalmente inexperto en ordenación del territorio, patrimonio histórico o medio ambiente, al conceder la licencia ilegal<sup>590</sup>. En efecto, muchas veces -dada la complejidad de los temas- el órgano decisorio (concedente de la licencia) no se halla capacitado para aprehender el alcance de la decisión, previamente orientada por los in-

---

<sup>587</sup> Vid. SIERRA LÓPEZ, *La prevaricación específica del funcionario público en el marco de los delitos recogidos en el en el título XVI: su relación con la prevaricación genérica del art. 404 CP*, APen nº. 36, 8-10-2000, p. 774.

<sup>588</sup> Así el Diccionario de la RAE define lo arbitrario como “acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho”.

<sup>589</sup> VIRTO LARRUSCAIN, *El delito de prevaricación del funcionario público*, en *Delitos contra la Administración Pública*, editora Asúa Batarrita, 1997, p. 155.

<sup>590</sup> Vid. CANCIO MELIÁ, *La responsabilidad del funcionario por delitos contra el medio ambiente en el CP español*, ADPCP, t. LII, 1999, p. 154.

formes técnicos. Aquí es donde se aprecia realmente el valor esencial que poseen los informes a favor como garantía del acierto jurídico en las decisiones administrativas.

Como puede comprobarse, los arts. 320, 322 y 329 CP se hallan estructurados en dos apartados claramente diferenciados. El primero de ellos se refiere al acto administrativo previo al otorgamiento de las licencias mencionadas en los citados tipos (o sea la elaboración de determinados informes a favor), mientras que el segundo, en principio, data de la concesión de las licencias en sus diferentes formas (bien individualmente bien colegiadamente), todo ello enmarcado dentro de la ilegalidad manifiesta anteriormente referida. En este epígrafe -siguiendo el orden correlativo de los elementos típicos objetivos de estos delitos- habrá que referirse extensamente a toda la enorme problemática que se plantea respecto de las conductas informantes. Evidentemente lo primero que se observa en este tipo de comportamientos es que la afectación del bien jurídico protegido se halla mucho más distante que respecto a las conductas de los apartados segundos de los preceptos estudiados, precisamente por encontrarnos en un paso previo y anterior a la concesión de las licencias. Hay un adelantamiento respecto a la protección penal un tanto excesivo según se constató en otro momento de nuestro análisis.

Igualmente otra de las cuestiones a dilucidar es a qué tipo de informes se están refiriendo estos delitos dentro de los muchos que en el Derecho administrativo pueden preverse dado que nada se especifica en los mismos. Por tanto, debe analizarse cuales son subsumibles dentro de este elemento típico y si, por ejemplo, lo son los visados o los estudios-declaraciones-evaluaciones de impacto ambiental.

De la misma manera ha surgido otra enorme discusión doctrinal que hace referencia al alcance que hay que darle a la emisión -favorable- de dichos informes pues no puede ser lo mismo que un funcionario público realice y entregue un informe, conscientemente ilegal, que suponga la base determinante para otorgar una licencia que autoriza, por ejemplo, una central nuclear (con el consiguiente peligro evidente que ello acarrearía), que llevar a cabo un informe injusto por parte del sujeto activo que no tiene ninguna incidencia en cuanto que ni tan siquiera es adjuntado al pertinente expediente administrativo.

Como puede verse en este esbozo inicial las cuestiones de reflexión son múltiples, y a ello dedicaremos nuestra atención en las siguientes páginas.

#### 4.1 Concepto y naturaleza del informe. El sujeto del informe y su carácter favorable.

Desde un punto de vista gramatical, según el Diccionario de la RAE, *informar* es “dictaminar un cuerpo consultivo, un funcionario o cualquier persona perita, en asunto de su respectiva competencia”. En esta acepción, informar y dictaminar serían conceptos sinónimos. Sin embargo, los arts. 320, 322 y 329 CP utilizan el concepto de “informe” en un sentido técnico y no en un sentido vulgar<sup>591</sup>. Desde este punto de vista, los informes -según GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>592</sup>- son declaraciones de juicio emitidas por órganos especialmente cualificados en materias determinadas llamadas a ilustrar al órgano decisor y a proporcionarle los elementos de juicio necesarios para dictar su resolución con garantías de acierto. Por su parte, PARADA VÁZQUEZ<sup>593</sup> entiende que son actuaciones administrativas a cargo normalmente de órganos especializados que sirven para ilustrar al órgano decisor.

Los informes<sup>594</sup> -tanto técnicos como jurídicos- son actos administrativos razonados de trámite, cuya emisión corresponde a un órgano distinto de aquél al que compete la instrucción del procedimiento administrativo en el que se emiten. Los mismos han de contener una enumeración clara y sucinta de los hechos en los que ha de basarse, las disposiciones legales aplicables, alegación razonada de la doctrina y, por último, el pronunciamiento que haya de contener la parte dispositiva del acto decisorio final<sup>595</sup>. Por tanto, los informes se hallan en el *iter* de la licencia, implican-

---

<sup>591</sup> Vid. LESMES SERRANOS, *Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, en Derecho penal administrativo, 1997, p. 365.

<sup>592</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho administrativo*, t. II, 4ª. ed., p. 482.

<sup>593</sup> PARADA VÁZQUEZ *Derecho Administrativo*, PG I, 16ª. ed., 2007, p. 222.

<sup>594</sup> La normativa administrativa general y esencial respecto a las licencias y sus informes previos ha de ser la siguiente:

1. Art. 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.
2. Art. 4.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística (RDU).
3. Arts. 172.1, 173.1, 113.1 e) y 3, 123.1, 126.1 y 175 Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen jurídico de las Corporaciones Locales (ROF).
4. Art. 3 del R.D. 1174/1987, 18 de sept. que regula el Régimen Jurídico de los Funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional.
5. Arts. 82.1 de la LRJAP y PAC.
6. Ley 16/2002, de 1 de julio, sobre prevención y control integrado de la contaminación.

<sup>595</sup> Vid. MATELLANES RODRÍGUEZ, *Medio ambiente y funcionarios públicos*, cit., p. 306; y MILANS DEL BOSCH, *Delitos sobre el patrimonio histórico*, en Derecho penal administrativo, 1997, cit., p. 222.

do un acto separado a ésta, sin que bajo ningún concepto puedan tener la consideración de “resoluciones” pues carecen de contenido volitivo y decisorio y no pueden ser objeto de impugnación independiente. Simplemente suponen la preparación de la resolución (licencia) final a través de la emisión de un juicio, deseo o conocimiento sobre la viabilidad de un asunto consultado al funcionario público competente.

De todo esto subyace una clara conclusión y es que esta conducta típica nunca podrá subsumirse, a título de autoría, dentro del delito de prevaricación común del art. 404 CP, que exige obligatoriamente la circunstancia de haberse dictado una resolución injusta.

Por otra parte no conviene confundir lo que es el *informe* en sí mismo, de los arts. 320.1, 322.1 y 329.1 CP, de lo que son las llamadas administrativamente “propuestas de resolución”. Pese a que el art. 175 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales (ROF) exija que el aspecto formal de los “informes” sea, respecto a su motivación, similar a las propuestas de resolución, no deben equipararse en ningún caso. En efecto, mientras que estas “propuestas” son realizadas por el instructor del expediente administrativo, el informe, sin embargo, lo emite una persona u órgano distinto de aquel a quien le corresponde iniciar, instruir o resolver el procedimiento<sup>596</sup>. En mi opinión es claro que los arts. 320, 322 y 329 CP se refieren sólo a la emisión de informes a favor y no a las referidas *propuestas de resolución*, a pesar de que éstas pudieran ser favorables a la concesión de una licencia manifiestamente ilegal. Como bien se sabe, en la práctica, las propuestas de resolución tienen más peso resolutorio y decisorio que los informes facultativos o preceptivos incorporados a los expedientes<sup>597</sup>.

El sujeto activo que podrá cometer -en la inmensa mayoría de los casos- la conducta típica a través de estos informes favorables será el funcionario público que esté en el ejercicio de su cargo, ya que es al que le compete informar. Habitualmente la autoridad debe ser la que resuelva sobre la concesión o no de la licencia ilegal,

---

Asimismo, el art. 175 del RD 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el ROF, establece que: “los informes para resolver los expedientes se redactarán en forma de propuesta de resolución y contendrán los extremos siguientes: a) Enumeración clara y sucinta de los hechos. b) Disposiciones legales aplicables y alegación razonada de la doctrina, y c) Pronunciamientos que haya de contener la parte dispositiva”.

<sup>596</sup> GONZÁLEZ PÉREZ/GONZÁLEZ NAVARRO, *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento Administrativo Común*, 2ª ed., 1999, p. 92.

<sup>597</sup> LESMES SERRANOS, *ob. ult. cit.*, pág. 366.

pero, en principio, no suele informar<sup>598</sup>. Según GARCÍA PLANAS<sup>599</sup> el hecho de que el apartado primero de cada delito estudiado se refiera tanto a los funcionarios como a las autoridades obedece a que no pudiesen quedar impunes dichas conductas *informantes* si se llevaran a cabo por persona que su situación se hallare en estas zonas imprecisas -que a veces se dan- entre funcionario público y autoridad. Personalmente considero que esta precisión es baldía ya que cualquier autoridad, si por un casual tuviese que *informar favorablemente* y lo hiciere de manera antijurídica, tendría que responder por esa conducta, precisamente, por la condición de funcionario público que ostenta la autoridad. Es más, aún en el supuesto de que estos delitos no indicaran a las autoridades como sujetos activos, también responderían por su condición funcional.

Asimismo causa sorpresa el hecho de que el legislador no haya establecido como sujeto activo de estas conductas *informantes* a sujetos pluripersonales o colegiados, circunstancia que es perfectamente factible por lo dispuesto en el art. 113.1 del ROF, donde quien informa son ciertas comisiones formadas por concejales-autoridades, y por la posibilidad real de que se produzcan encargos por parte de las Administraciones públicas a Colegios profesionales, en cuyo caso serían órganos colegiados los informantes.

En mi opinión hubiera sido conveniente fijar una responsabilidad colegiada para los funcionarios públicos (incluidas las autoridades) que estuvieren a favor de la emisión de informes claramente contrarios al ordenamiento jurídico al estilo a como se ha hecho en los apartados segundo de los delitos analizados. Precisamente por la existencia de los arts. 320.2, 322.2 y 329.2 CP no es comprensible la omisión de la responsabilidad colegiada aludida en el apartado uno de estos delitos.

---

<sup>598</sup> Esta regla general, parece tener excepciones, según se deduce del art. 113.1 del RD 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales (ROF), el cual establece que: “Las sesiones de la Comisión de Gobierno se ajustarán a lo establecido en el capítulo primero de este Título, con las modificaciones siguientes:.....

d) El Alcalde o Presidente dirige y ordena a su prudente arbitrio los debates en el seno de la Comisión.

e) En los casos en que la Comisión de Gobierno ejerza competencias delegadas por el Pleno, será preceptivo el previo informe de la Comisión informativa correspondiente.”

De aquí se deduce que esa Comisión informativa -integrada por miembros de las Corporaciones y por tanto por autoridades- sí que puede ser autora de determinados informes a los que aluden los arts. 320, 322 y 329 CP. Sin embargo, aquí subyacería la cuestión de la emisión de informes colectivos que en mi opinión difícilmente sería típica.

<sup>599</sup> GARCÍA PLANAS, *El Delito Urbanístico*, cit., p. 96.

Solamente se tipifican los informes *favorables*, siendo atípicas aquellas conductas que, contrariando las normas urbanísticas, patrimonio-culturales o ambientales, supongan la emisión de un informe desfavorable en relación con los proyectos de edificación, alteración de edificios protegidos o instalación de industrias contaminantes. Esta atipicidad creo que habrá de entenderse lógica puesto que el informe desfavorable no afectará a los tres bienes jurídicos que nos interesan (territorio, patrimonio histórico y ambiente). Algún autor, como BLANCO LOZANO<sup>600</sup>, ha entendido que el carácter favorable del informe ha de suponer o conllevar necesariamente beneficio y utilidad de alguien o propiciar fines particulares para alguien. Sin embargo, entiendo que esto no tiene que ser así necesariamente, ya que esta exigencia no se refleja en el tipo penal en ningún momento: evidentemente lo habitual será que así sea pero no es un requisito, y, desde luego, es factible a todas luces *informar a favor* a sabiendas del injusto en que el funcionario incurre, sin que con ello directa y específicamente se pretenda beneficiar a un tercero o a sí mismo. También hay que insistir nuevamente que sólo serán típicos los informes favorables que versen o tengan un contenido relativo a la ordenación del territorio, patrimonio histórico o ambiental.

Un sector de la doctrina española<sup>601</sup> ha entendido que, al tipificarse esta conducta de “informar favorablemente“, lo que se ha realizado por el legislador es elevar al rango de autoría lo que en sí mismo son actos de participación. En efecto, estos autores entienden que esta primera conducta que se analiza carece de significado *per se*: sólo cobra sentido si aparece vinculada a la conducta posterior de la concesión de la licencia *informada*. Por tanto, únicamente concurriendo el hecho principal (concesión de la licencia) se puede poner en peligro los bienes jurídicos protegidos, siendo el acto de informar a favor una contribución en el hecho ajeno cometido por otro funcionario diferente (principio de accesoriedad). Tan esencial problemática será analizada en posteriores epígrafes<sup>602</sup>, al analizar cual debe ser el alcance de estas conductas informantes, aunque ya se debe anticipar mi convicción personal de que

---

<sup>600</sup> BLANCO LOZANO, *El Delitos Urbanístico*, cit., p. 151.

<sup>601</sup> Entre otros, OCTAVIO DE TOLEDO, *Un ejemplo de norma jeroglífica: el art. 329 CP*, RP Aranzadi. 2000, nº. 3, p. 30; GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos relacionados con la emisión de informes y la tramitación de expedientes*, Revista Aragonesa de Administración Pública, dic. 1997, p. 475; y DE LA MATA BARRANCO, *Art. 320.1: prevaricación específica en el caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas*, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, 1998, cit., p. 139.

<sup>602</sup> Concretamente en el §.6, I.A, apartado 4.5.



estas conductas típicas deben tener una autonomía suficiente como para no hacerlas depender exclusivamente de la concesión misma de las licencias.

#### **4.2 Contenido de la conducta típica informante y la diversificación de los informes (vinculantes, no vinculantes, preceptivos, no preceptivos o facultativos, orales, por adhesión etc.).**

Ninguno de los delitos que se analizan delimitan las características que debe poseer el informe a favor: no se especifica si cualquier clase de informe (vinculante o no, preceptivo o no etc.<sup>603</sup>) está incluido en el tipo o si, por el contrario, debe establecerse alguna limitación. Por su parte, los principios básicos establecidos en los arts. 82 y 83.1 de la LRJAP y PAC<sup>604</sup> poco aportan al respecto. Lo único que se puede precisar es que han de versar sobre las materias relativas a la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y el medio ambiente. Precisamente por esto la doctrina se ha posicionado en dos corrientes bien diferenciadas respecto a la cabida que ha de tener la conducta informante -favorable- tipificada en los artículos que se analizan: una extensiva y otra restrictiva.

---

<sup>603</sup> El informe será vinculante cuando la autoridad titular de la competencia deba decidir con arreglo a los términos del dictamen; por el contrario será no vinculante cuando la autoridad decida libremente, según sus criterios.

Por su parte, el carácter preceptivo o no del informe dependerá de que venga impuesto o no con carácter imperativo dentro del procedimiento correspondiente. Así, a título de ejemplo, será preceptivo, en materia de derribo y alteración de edificios singularmente protegidos e inmersos en expedientes de ruina, el informe referido en el art. 24 de la LPHE según el cual “2. En ningún caso podrá procederse a la demolición de un inmueble sin previa firmeza de la declaración de ruina y autorización de la Administración competente, que no la concederá sin informe favorable de al menos dos de las Instituciones consultivas a las que se refiere el artículo 3”.

<sup>604</sup> El art. 82 dice: “1. A efectos de la resolución del procedimiento, se solicitarán aquellos informes que sean preceptivos por disposiciones legales, y los que se juzguen necesarios para resolver, citándose el precepto que los exija o fundamentando, en su caso, la conveniencia de reclamarlos. 2. En la petición de informe se concretará el extremo o extremos acerca de los que se solicita”.

El art. 83.1 establece “Salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes”.

Desde una perspectiva extensiva, un sector doctrinal<sup>605</sup> considera que el carácter preceptivo o facultativo, vinculante o no, del *informe favorable* es irrelevante dada la ausencia de diferenciación legal en estos tipos penales. Por tanto, cualquier clase de informe a favor debe entrar dentro del tipo penal. Asimismo, CANCIO MELIÁ<sup>606</sup> llega a ir más lejos afirmando, incluso, que respecto al art. 329 CP (y por extensión a los arts. 320 y 322 CP) también habrán de incluirse los informes que pudieran requerirse “*ad hoc*” en conformidad con el contenido del art. 82 de la LRJAP y PAC. Por su parte, LESMES SERRANOS<sup>607</sup> también considera que el art. 329 CP (al igual que los arts. 320 y 322 CP) no dice que el informe favorable haya de ser preceptivo o vinculante. Por eso se cometerá el delito en aquellos casos en que los informes a favor sean emitidos por la libre decisión del órgano que haya de resolver y sin vinculación alguna para él en cuanto a su contenido (es decir, informe favorable reclamado por el concedente de la licencia pero sin vincularle). A su vez, este autor considera que la extensión de responsabilidad penal fijada por el legislador, al incluir todo tipo de informes, no está justificada, pues a diferencia de los informes vinculantes (en los que el órgano que dictamina comparte con el órgano decisor la responsabilidad de la resolución), en los informes facultativos e incluso en los “preceptivos no vinculantes” la autoridad o funcionario público que lo evacua se limita a contribuir a la formación de opinión o juicio del órgano decisor. Es decir, LESMES SERRANOS parece decir que entre el que concede la licencia y el que tiene que informar preceptivamente habría una cooperación respecto a la concesión misma de la licencia, lo cual no acontecería en el informe del funcionario que no fuese ni preceptivo ni vinculante. En definitiva, considera de mayor gravedad la emisión del informe preceptivo vinculante ilegal. Por último, dentro de esta corriente conviene reseñar a GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>608</sup>, según el cual el tipo penal no restringe el informe a favor: es indiferente que sea preceptivo o facultativo, estando incursos dentro del tipo tanto los informes vinculantes como los no vinculantes, ya que ambos crean un elevado riesgo para los intereses que se pretenden salvaguardar en los delitos analizados. Es más, el informe

---

<sup>605</sup> DE LA MATA BARRANCO, *ob. ult. cit.*, pp. 144-145; y SIERRA LÓPEZ, *La prevaricación específica del funcionario público en el marco de los delitos recogidos en el en el título XVI: su relación con la prevaricación genérica del art. 404 CP*, APen nº. 36, 8 octubre de 2000, p. 779.

<sup>606</sup> CANCIO MELIÁ, *La responsabilidad del funcionario por delitos contra el medio ambiente en el CP español*, ADPCP t. LII, 1999, p. 154.

<sup>607</sup> LESMES SERRANOS, *Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, en Derecho penal administrativo, p. 365.

<sup>608</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho administrativo*, t. II, 4ª. ed., p. 482.

incluso puede ser bien escrito u oral o bien que se haya elaborado el mismo al completo o que el funcionario se hay adherido al redactado por otro.

Dentro de la corriente restrictiva se considera que no todo informe favorable puede ser típico en estos delitos. Así POZUELO PÉREZ<sup>609</sup> estima que los tipos de los arts. 320, 322 y 329 CP se están refiriendo sólo a los informes favorables preceptivos pero no a los no vinculantes en base a lo que dispone el art. 83.1 de la LRJAP y PAC<sup>610</sup>. Por su parte, MILANS DEL BOSCH<sup>611</sup> Y GÓRRIZ ROYO<sup>612</sup> entienden que lo importante es que el informe a favor ponga en peligro serio el bien jurídico protegido; por ello consideran que éste ha de ser preceptivo, independientemente de que sea vinculante o no. Para GUIASOLA LERMA<sup>613</sup> los informes que detallo han de ser preceptivos e *imprescindibles* según la legislación administrativa (relativa a la ordenación territorial, al patrimonio cultural o al ambiental), circunscribiéndose la conducta típica a la emisión de informes favorables que tiendan a autorizar aquello que no es autorizable. En el aspecto jurisprudencial también se ha exigido que el “informe a favor” sea perceptivo, puesto que si no lo fuere carecería de relevancia jurídica<sup>614</sup>.

En mi opinión, hay que considerar que si los arts. 320, 322 y 329 CP no distinguen entre los tipos de informes a los que se refiere la conducta típica, no es razonable, vía interpretativa, distinguir entre ellos, incluyendo a unos y excluyendo a otros. Desde luego limitar la conducta típica del informe (a favor) a sólo los preceptivos, bien sean vinculantes o no, considero que no es conveniente, ya que tanto los informes facultativos/no preceptivos ilegales como los requeridos *ad hoc* por el sujeto que ha de otorgar la licencia, pueden tener exactamente la misma relevancia e influencia para el funcionario que concede la licencia que los preceptivos impuestos normativamente. Lo trascendental es que el informe favorable haya sido emitido

---

<sup>609</sup> POZUELO PÉREZ, *Notas sobre la denominada expansión del Derecho penal: Un análisis al hilo de los delitos contra la ordenación del territorio*, en RDyPP, Año 2003.1 nº. 9, p. 46.

<sup>610</sup> Sin embargo, contrariamente, esta norma -modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero- establece que: “Salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes”.

<sup>611</sup> MILANS DEL BOSCH, en *Delitos sobre el patrimonio histórico*, en Derecho penal administrativo, p. 222, lamenta que el 322 CP (al igual que los arts. 322 y 329 CP) no distinga que el informe sea o no preceptivo o vinculante, lo cual nada impide incardinar en el tipo cualquier informe favorable previo a la resolución. Se produce una extensión de la responsabilidad que no está justificada ya que no se pueden equiparar las conductas de quien emite un informe facultativo (o incluso preceptivo pero no vinculante), por el cual el órgano que lo emite aporta al órgano decisor una opinión, de quien emite un informe preceptivo y vinculante a través del cual el órgano decisor que lo dictamina comparte la responsabilidad de la decisión última y resolutoria.

<sup>612</sup> GÓRRIZ ROYO *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., pp. 229-231.

<sup>613</sup> GUIASOLA LERMA, *Delitos contra el Patrimonio Cultural. Arts. 321-324 CP*, cit., p. 564.

<sup>614</sup> Vid. STS de 23-5-2005 (EDJ 2005/157539).

mediante la correspondiente firma del sujeto activo y que se haya incorporado al mundo jurídico mediante su inclusión al expediente abierto tendente a la concesión de la licencia ilegal. Si se cumple con esta exigencia, los bienes jurídicos protegidos ya están bajo la afección del riesgo, pues no podemos olvidar que se trata de informes que han sido realizados conscientemente a sabiendas de que es arbitrario e ilegal, y de esta forma es asumido por el funcionario. En definitiva, ya concurre un contenido de injusto lo suficientemente elevado como para que pudiera haber merecimiento de pena. En cualquier caso también hay que reconocer que siempre habrá de estarse al hecho concreto para comprobar si el informe a favor ha significado algo para el bien jurídico protegido y lo ha puesto mínimamente en riesgo o no.

Por último, será realmente difícil incardinar los informes orales dentro de la conducta típica, debiendo excluirse, puesto que difícilmente se podrán constatar su arbitrariedad -al no aparecer por escrito-, ni tampoco el conocimiento de que es realizado a sabiendas de su injusticia.

#### **4.3 El “informe a favor” *versus* “visado”. Su naturaleza jurídica.**

Dentro de la conducta típica de la emisión de informes favorables a los que se refieren los delitos estudiados se ha planteado la discusión de si los visados que tienen que otorgar determinados Colegios profesionales (principalmente de arquitectos) pueden ostentar ese carácter. Con otras palabras, en caso de que alguna de estas Corporaciones de Derecho público otorgase ese visado -con plena consciencia de su ilegalidad- en favor de un proyecto técnico presentado ¿se podría subsumir ese comportamiento dentro del elemento típico que se analiza?

En un epígrafe anterior se estableció la necesidad de considerar -en determinadas ocasiones- sólo a los miembros de las Juntas de Gobierno de los Colegios profesionales (Decano y Diputados) -que son los que otorgarían los visados- como posibles sujetos activos de los delitos de los arts. 320, 322 y 329 CP en lo que se refiere a la emisión de los informes citados en el art. 5,b) de la Ley de Colegios profesionales. Por el contrario, si las personas a las que -por delegación- compitiera visar los pro-

yectos presentados en los Colegios no fueran miembros de dichas Juntas sino que fueren simples colegiados-facultativos, éstos ya no reunirían la condición funcional exigible y no podrían ser responsables penalmente por esta conducta.

Aclarado este aspecto relativo al sujeto activo del visado, habrá que referirse a continuación a la posible equiparación entre el *informe* y el *acto de visar*. La cuestión no es baladí pues la necesidad del “visado” afectará, en principio, a toda obra técnica que tienda a la edificación ilegal, al derribo o alteración de edificios especialmente protegidos ya existentes y a construcciones (químicas, sanitarias, industriales etc. etc.) desde las que se pudieran realizar actividades contaminantes.

En efecto, según estipula el art. 5 de la Ley de Colegios profesionales, corresponde a éstos, dentro de su ámbito territorial “el ejercicio de la función de visar los trabajos profesionales de los colegiados, cuando así se establezca expresamente en los estatutos generales”.

El problema está en determinar lo que hay que entender por visado. Entiendo que éste no debe suponer otra cosa que dar el *visto bueno* -por parte del Colegio pertinente- al trabajo (proyecto) profesional del colegiado que asumió el encargo de un particular. El visado en sí mismo carece de argumentación o fundamentación y no va dirigido en modo alguno a la concesión de la licencia. El vínculo o conexión entre el visado y el procedimiento de otorgamiento de la licencia es inexistente. Es más, puede denegarse el visado y concederse la licencia por parte de la autoridad funcional competente según se deduce de los arts. 46, 49 y 50 del RDU<sup>615</sup>. Siguiendo a ACALE SÁNCHEZ<sup>616</sup>, considero que el visado, desde el punto de vista de su naturale-

---

<sup>615</sup> El art. 46 “Los Colegios profesionales que tuvieran encomendado el visado de los proyectos técnicos precisos para la obtención de licencias denegarán dicho visado a los que contuvieran alguna infracción grave y manifiesta de Normas relativas a parcelaciones, uso de suelo, altura, volumen y situación de las edificaciones y ocupación permitida de la superficie de las parcelas”.

Art. 49 “1. La denegación del visado por razones urbanísticas no impedirá al particular interesado presentar el proyecto ante la Administración municipal o el órgano urbanístico competente para otorgar la licencia, alegando cuanto estime procedente para justificar la inexistencia de la infracción que sirvió de base para la denegación del visado y solicitando, a la vez, la licencia.

2. En el supuesto previsto en el número anterior, los Colegios profesionales vendrán obligados, a petición del interesado, a entregar los ejemplares del proyecto sometido a visado, haciendo constar las razones urbanísticas que hubieran motivado su denegación”.

Art. 50 “1. La Administración municipal otorgará o denegará la licencia a la vista de cuantos datos e informes obren en el expediente administrativo, y contra su resolución no cabrá otro recurso que el jurisdiccional, previo al de reposición. 2. La resolución por la que se otorgue o deniegue la licencia de construcción se notificará, en todo caso, al Colegio profesional que hubiere intervenido en el trámite del visado del proyecto correspondiente”.

<sup>616</sup> ACALE SÁNCHEZ, *La responsabilidad del funcionario público y de la autoridad en el Tit. XVI del CP: Especial referencia al art. 320*, RPJ nº. 47, 1997, p. 129.

za, hay que concebirlo como una técnica de control *corporativo* referido únicamente a la verificación de la identidad y habilitación del profesional, la corrección e integridad formal de la documentación técnica integrante del trabajo y la observación de las normas colegiales sobre ejercicio profesional y deontología en relación a los encargos y contratación de los servicios. Los visados carecen, en todo caso, de valor vinculante pues no pueden impedir la incoación del correspondiente procedimiento administrativo sobre otorgamiento de licencias. Son un puro instrumento preventivo y auxiliar de la disciplina urbanística de los municipios, sin que ello suponga en ningún momento la sustitución del control urbanístico que ha de venir representado por el acto formal de la concesión de la licencia<sup>617</sup>.

Por tanto, a los efectos de estos delitos, no podrán equipararse el “informe” con el “visado”; éste último tiene puramente carácter auxiliar, e incluso en varias Comunidades Autónomas se ha suprimido<sup>618</sup>.

Sin embargo, la doctrina española se muestra muy dividida al respecto. Para TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ<sup>619</sup> los visados se configuran técnicamente como informe preceptivo pero no vinculante para los Ayuntamientos, siendo actos administrativos en cuanto que emanan de un ente público en el ejercicio de una potestad administrativa consistente en una declaración de juicio sobre la conformidad o disconformidad del proyecto técnico con la normativa urbanística básica en cada caso aplicable. Por ello, nada impediría su posible subsunción dentro del elemento típico de “informar favorablemente” de los arts. 320, 322 y 329 CP. En la misma dirección, un sector de nuestra doctrina penal<sup>620</sup> considera que el visado es idéntico a un informe positivo a los efectos de los delitos analizados, adquiriendo el carácter de informe urbanístico, ello en base a su propia naturaleza y a la noción de función pública que debe regir respecto a los Colegios profesionales.

---

<sup>617</sup> Vid. VERCHER NOGUERA, *La Delincuencia Urbanística*, cit., p. 161; y NARVÁEZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal de la Administración urbanística: el artículo 320 CP*, AJ Aranzadi, nº. 270, 21-11-1996, p. 2.

<sup>618</sup> A título de ejemplo señalaré la Ley asturiana 3/87, de 8 de abril, de Disciplina Urbanística y la Ley canaria 7/90, de 14 de mayo, de Disciplina Urbanística.

<sup>619</sup> TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho urbanístico*, 12ª. ed., 1997, pp. 247-248.

<sup>620</sup> QUERALT JIMÉNEZ, *DP español PE*, 5ª. ed., 2008, p. 884; ROMÁN GARCÍA, *Delitos sobre la ordenación del territorio*, en *Derecho penal administrativo*, 1997, pág. 127; y GÓMEZ TOMILLO, *Urbanismo, función pública y Derecho penal*, cit., p. 268.

Contrariamente GARCÍA PÉREZ<sup>621</sup>, tomando como referencia la STS, Sala 3ª, de 28-5-1981 (ref. Ar. 2179), entiende que no es viable incluir el visado urbanístico entre los informes a los que se refiere el 320 CP (o, en su caso, en los arts. 322 ó 329 CP) puesto que, a diferencia de los informes legales emitidos por los órganos administrativos, su objetivo se limita a comprobar si en el proyecto se da alguna infracción grave y manifiesta. La ley -sigue afirmando- no atribuye al Colegio profesional la función pública del control de la actividad urbanística que es lo que posibilita que se pueda hablar de Administración pública en sentido estricto; el visado urbanístico no supone otra cosa que apoderar a los Colegios profesionales para que *en el ámbito de sus competencias internas* velen por que sus colegiados no incurran en alguna de las referidas infracciones, colaborando *indirectamente al ejercicio de las competencias urbanísticas* que la Ley otorga a los Ayuntamientos. Por eso para GARCÍA PÉREZ los miembros del Colegio profesional no pueden ser considerados funcionarios públicos. Por último, NARVÁEZ RODRÍGUEZ<sup>622</sup>, refiriéndose al art. 320 CP, y partiendo de la idea del carácter de instrumento preventivo y auxiliar de los visados, que tratan de velar por que los colegiados -al someter sus proyectos- cumplan con la normativa urbanística, considera que los mismos no estarían incursos dentro de la responsabilidad penal de los apartados uno de los artículos objeto de estudio.

En mi opinión, la conducta de *visar* (ilícita e ilegalmente) un proyecto no debe ser subsumible dentro de las conductas informantes favorables a las que se refieren los delitos que analizamos, precisamente por la naturaleza jurídica y el significado que deben tener los visados. En este aspecto, cuando el colegio “visa” un proyecto no está desarrollando una actividad atribuible a la Administración e imputable a ella, en contra de lo que acontece con los informes favorables como conductas típicas en estos delitos. Efectivamente, según la normativa vigente, la competencia para la tramitación de la expedición del informe a favor es atribuida a un órgano administrativo, bien sea estatal, autonómico o local, sin que tenga presencia alguna los Colegios profesionales<sup>623</sup>, salvo que la propia Administración delegue en éstos la realiza-

---

<sup>621</sup> GARCÍA PÉREZ, *Algunas reflexiones sobre la denominada prevaricación específica del artículo 320 CP*, en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, LH-Cerezo Mir, 2002, p. 1.266

<sup>622</sup> NARVÁEZ RODRÍGUEZ *La responsabilidad penal de la Administración urbanística: el artículo 320 CP*, AJ Aranzadi nº. 270, 21-11-1996, 2002, p. 2.

<sup>623</sup> Piénsese, por ejemplo, en una de las normas ambientales esenciales como es la ley 16/2002, sobre prevención y control integrado de la contaminación, en la cual no existe referencia alguna a actuación de los Colegios profesionales.

ción de los informes establecidos en el art. 5 de la Ley de Colegios profesionales, según se justificó anteriormente. Por ello, el visado no puede suplantar la función de control y supervisión definitiva de los municipios en todo lo que es el procedimiento de otorgamiento de las licencias que fueren de su competencia. Como afirma acertadamente MATELLANES RODRÍGUEZ<sup>624</sup>, con el visado no se entra a valorar las cuestiones *ambientales*, en sentido amplio, sino solamente cuestiones vinculadas a la arquitectura y edificabilidad de la obra proyectada. En la actualidad el visado es completamente irrelevante para la concesión de una licencia ilegal en cada uno de los tres campos que nos interesan. Es más, la denegación del visado no implica el que la licencia no pueda ser otorgada. Sin embargo, en los informes típicos a los que se refieren los arts. 320, 322 y 329 CP sucede todo lo contrario: suponen una conducta antijurídica precisamente por la gran trascendencia que pueden tener respecto al hecho de otorgarse las licencias ilegales y que hacen peligrar los bienes jurídicamente protegidos.

#### **4.4 La problemática de las Evaluaciones de Impacto Ambiental (EIA) y las Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA) en los delitos objeto de estudio. Su naturaleza jurídica.**

Junto a los *visados* anteriormente analizados, el instrumento de las Evaluaciones de Impacto Ambiental (EIA) es la segunda de las grandes cuestiones sobre las que la doctrina ha discutido respecto a si caben dentro del elemento típico de los “informes favorables” a los que se refieren los apartados primero de los arts. 320, 322 y 329 CP. Posiblemente la doctrina penal haya tratado de manera insuficiente este aspecto, máxime cuando se sabe que estos análisis ambientales deberían suponer una base esencial para la protección del medio ambiente en sentido amplio.

La necesidad de aplicación de estas técnicas evaluativas surge en España con motivo de su adhesión a la entonces denominada “Comunidades Económicas Europeas” en 1.986 y como cumplimiento de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27

---

<sup>624</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, *Medio ambiente y funcionarios públicos*, cit., p. 261.



de junio de 1.985. A partir de ahí se ha elaborado una determinada normativa que ha dado lugar al reciente Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos<sup>625</sup>.

Por Evaluación del Impacto Ambiental ha de entenderse el conjunto de estudios y sistemas técnicos que permiten estimar los efectos que la ejecución de un determinado proyecto puede causar sobre el medio ambiente<sup>626</sup>. Afecta a todo lo que tenga que ver con la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y el ambiente<sup>627</sup>, propiamente dicho, como expresamente indica el art. 1.3<sup>628</sup> del citado texto refundido 1/2008<sup>629</sup>.

---

<sup>625</sup> Conviene puntualizar que prácticamente todas las Comunidades Autónomas del Estado español tienen su normativa propia al respecto, existiendo en la actualidad una gran dispersión normativa sobre esta materia que complica el tratamiento jurídico-penal del tema.

<sup>626</sup> Véase Art. 2.1 del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos.

<sup>627</sup> Como indica ACALE SÁNCHEZ, en *Los delitos Urbanísticos*, cit., p. 133, en la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental la protección del ambiente, del patrimonio histórico y de la ordenación del territorio se unifican dentro del primero (es decir, del medio ambiente).

<sup>628</sup> El art. 1.3 del RDL 1/2008, de 11 de enero, dice “Los proyectos, públicos o privados, consistentes en la realización de obras, instalaciones, o cualquier otra actividad comprendida en el Anexo I deberán someterse a una evaluación de impacto ambiental en la forma prevista en la ley”.

<sup>629</sup> Las partes intervinientes en los procedimientos EIA son básicamente tres según el Texto Refundido 1/2008:

- 1.El Promotor del proyecto. Es el sujeto, público o privado, que inste o solicite la autorización relativa a un proyecto concreto. Corresponde a éste iniciar el procedimiento del EIA a través de la presentación ante el órgano sustantivo de la solicitud de autorización, el proyecto técnico y el **Estudio de Impacto Ambiental**.
- 2.El Órgano competente sustantivo. Es el órgano administrativo con competencias en ese ámbito sectorial concreto encargado de tramitar el procedimiento y de autorizar o aprobar los proyectos que deban someterse a evaluación de impacto ambiental.
- 3.El Órgano ambiental, es aquel órgano de la Administración pública estatal o autonómica competente para evaluar el impacto ambiental de los proyectos (art. 2.3 del texto refundido). Es el órgano administrativo que asesora al Promotor en la fase preliminar y el que emite la **Declaración de Impacto Ambiental**. Según el art. 4 del T.R. de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental este Órgano será el Ministerio de Medio Ambiente.

Por tanto, estudio, declaración y evaluación de impacto ambiental son conceptos bien distintos que no se pueden confundir. Vid. al respecto, CARBALLEIRA RIVERA, *El procedimiento de evaluación de impacto ambiental*, en Comentarios a la legislación de Evaluación de impacto ambiental, dir. Tomás Quintana López, 2002, p. 307.

Es igualmente interesante indicar que en base al art. 5 del Texto Refundido 1/2008, el procedimiento para la Evaluación del Impacto Ambiental se puede estructurar esquemáticamente en 5 fases:

- a) Solicitud de sometimiento del proyecto a evaluación de impacto ambiental por el promotor, acompañada del documento inicial del proyecto (véase art. 6 y 7 de citado texto refundido).
- b) Determinación de alcance del estudio de impacto ambiental por el órgano ambiental, previa consulta a las administraciones públicas afectadas y, en su caso, a las personas interesadas (véase art. 8 del texto refundido).
- c) Elaboración del estudio de impacto ambiental por el promotor del proyecto (contrastese con art. 7 del texto refundido).
- d) Evacuación del trámite de información pública y de consultas a las Administraciones públicas afectadas y a personas interesadas, por el órgano sustantivo (véase art. 9 del texto refundido).

Posiblemente lo que interesa analizar es si la llamada Declaración de Impacto Ambiental (DIA, última fase de la EIA) tiene el carácter de informe favorable y, en consecuencia, si es subsumible dentro del elemento típico de los delitos analizados. Es decir, si esa Declaración, cuya competencia corresponde a una autoridad o funcionario público, realizada por éste conscientemente de manera arbitraria, daría pie a que se incurriese en el tipo penal del apartado uno de los arts. 320, 322 y 329 CP. Para ello habrá de partir de cual es su naturaleza jurídica.

Siguiendo la doctrina mayoritaria<sup>630</sup>, la DIA es un informe preceptivo emitido por la Administración ambiental que sirve de apoyo al órgano con competencia ambiental para adoptar la decisión final del procedimiento autorizatorio en el que se inscribe<sup>631</sup>. Esta Declaración es un informe determinante que supone que no pueda concederse una autorización al proyecto presentado sin su previa emisión<sup>632</sup>. Sin embargo, también hay que advertir que la DIA por sí misma no puede aislarse de lo que es la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA). Es decir, -como advierte RAMÍREZ SÁNCHEZ<sup>633</sup>- ésta nunca es autónoma, sino que es parte de un procedimiento autorizatorio que pretende la ejecución de un proyecto, la instalación de unas actuaciones, o la definición de un modelo territorial como es el caso de los Planes urbanísticos.

En base a lo anterior, un amplio sector doctrinal<sup>634</sup> entiende que esta modalidad típica (arts. 320.1, 322.1 y 329.1 CP) no abarca los actos relativos a las Evaluaciones de Impacto Ambiental (EIA), en tanto que no pueden reconducirse ni al ámbito de la

---

e) Finalización de la evaluación de impacto ambiental de proyectos con la emisión de la declaración de impacto ambiental por el órgano ambiental, la cual se hará pública (véase art. 12 del referido texto refundido).

<sup>630</sup> Vid. MARTÍN MATEO, *Manual de Derecho Ambiental*, 3ª. ed. 2003, p. 125; QUINTANA LÓPEZ, *La Evaluación de Impacto Ambiental*, RAP nº. 153, 2000, p. 435; RAZQUIN LIZÁRRAGA, *La Evaluación del Impacto Ambiental*, cit., p. 239; y CARBALLEIRA RIVERA, *ob. ult. cit.*, p. 335 y ss.

<sup>631</sup> Vid. CARBALLEIRA RIVERA, *ob. ult. cit.*, p. 340.

En igual sentido la STC 13/1998 ha considerado que las EIA -y consiguientemente las DIA- son un trámite de obligado cumplimiento.

<sup>632</sup> Como indica el art. 12.1 del RDL 1/2008, de 11 de enero, las Declaraciones de Impacto Ambiental determinarán las condiciones que deban establecerse en orden a la adecuada protección del medio ambiente y los recursos naturales (en los que se insertarán tanto la ordenación del suelo como el patrimonio histórico, según se indicó con anterioridad).

<sup>633</sup> Vid. RAMÍREZ SÁNCHEZ, *Planeamiento urbanístico y Evaluación de Impacto Ambiental*, RDUyMA, año XXXVII, nº. 202, junio 2003, pp. 207-208.

<sup>634</sup> Entre otros, CANCIO MELIÁ, *La responsabilidad del funcionario por delitos contra el Medio ambiente en el CP español*, ADPCP, t. LII, 1999, p. 155; FALCÓN CARO, *Responsabilidad penal del Funcionario. Art. 329 CP*, CPC nº. 66, 1998, p. 680; TERRADILLOS BASOCO, *La responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente*, EPC, t. XX, 1997, p. 324; y LESMES SERRANOS, *Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, en *Derecho penal administrativo*, 1997, p. 368.

autorización ni al ámbito del control. Por tanto, la aportación de datos incorrectos e ilegales a dicha evaluación no sería subsumible en los tipos penales analizados, aunque sí lo sería el informe favorable a la concesión de licencia que no contase con la EIA o que ignorase las conclusiones que esta evaluación impusiese: un informe con estas características habría de tener la consideración de “manifiestamente ilegal”<sup>635</sup>. Por el contrario, GARCÍA PÉREZ<sup>636</sup> aclara que esta postura mayoritaria se debe matizar. La Evaluación de Impacto Ambiental es un instrumento dirigido a examinar las consecuencias que una obra o actividad trae consigo para el medio ambiente y cuyo objeto es evitar sus repercusiones negativas sobre el mismo. Para este autor la EIA es un procedimiento que carece de autonomía, pues se inserta dentro de otro sustantivo centrado en la autorización del proyecto inicial solicitado. En ella hay dos fases: la primera es la del Estudio de Impacto Ambiental (EsIA) consistente en la elaboración de un documento que ha de presentar el promotor de la obra o actividad cuya autorización se pretende conseguir y en el que se han de reflejar los posibles efectos que su realización tendrá para el medio ambiente; y la segunda es la Declaración de Impacto Ambiental en la que la autoridad administrativa competente se pronuncia sobre la conveniencia desde el punto de vista medioambiental de llevar a cabo la obra o actividad y, en caso afirmativo, sobre las correcciones que se han de introducir para evitar daños al medio ambiente. Pues bien, si se tiene presente que los informes son “declaraciones de juicio emitidos por órganos especialmente cualificados en materias determinadas llamadas a ilustrar al órgano decisor y a proporcionarle los elementos de juicio necesarios para dictar su resolución con garantías de acierto”, según GARCÍA PÉREZ, la Declaración de Impacto Ambiental se configura como un informe y, por tanto, está abarcada por el tipo penal del apartado primero de estos artículos.

Respecto a toda esta polémica, considero personalmente que, en apariencia, no habría inconveniente para subsumir estos informes (DIA) dentro de las conductas analizadas. El problema está en que -desde el punto de vista de la normativa estatal- estos informes/declaraciones carecen de sentido fuera de lo que es el instrumento en conjunto de la Evaluación de Impacto Ambiental (el cual a su vez es sólo parte del

---

<sup>635</sup> En esta posición, TERRADILLOS BASOCO, *ob. ult. cit.*, p. 324; y MATELLANES RODRÍGUEZ, *Medio ambiente y funcionarios públicos*, cit. p. 340.

<sup>636</sup> GARCÍA PÉREZ, *El tipo de las denominaciones específicas de los arts. 320 y 329 CP*. La Red: [http://www.isel.org/cuadernos2/legislacion/O\\_garcia.ht](http://www.isel.org/cuadernos2/legislacion/O_garcia.ht), p. 2.

procedimiento general efectuado por la Administración tendente a la autorización del proyecto). En consecuencia, lo que podría pretenderse incluir en la conducta típica analizada serán las Evaluaciones (EIA) y no las Declaraciones (DIA). No obstante, esas evaluaciones difícilmente serán subsumibles so pena de ampliar excesivamente el sentido interpretativo de la norma penal. Estos delitos lo que tipifican es el informar *favorablemente* para que así se conceda una determinada licencia *ambiental*. Las citadas “evaluaciones” no van dirigidas en ese sentido, sino que sólo tienden, como establece el art. 13 del Texto Refundido 1/2008 de Evaluación de Impacto Ambiental, a determinar, a los efectos ambientales, *la conveniencia o no de realizar el proyecto*<sup>637</sup>, y en caso afirmativo fijar las condiciones en que debe realizarse<sup>638</sup>. Es decir, no parece que esas evaluaciones tiendan al otorgamiento de la autorización del proyecto presentado (es decir, no parece existir nexo entre las evaluaciones y la concesión de la licencia ilegal). Y desde luego, *determinar la conveniencia* respecto a algo (realización del proyecto) debe interpretarse, en mi opinión, a un nivel inferior que el informar a favor de la concesión de la licencia (el EIA podría suponer algo así como “informar para que se informase”). Esta última fórmula es mucho más trascendente y comprometida que la primera e implica mayor responsabilidad para el funcionario público. Por tanto, y sin perjuicio de poder analizar el hecho concreto a los efectos de comprobarse la normativa autonómica en cada caso, entiendo que las Evaluaciones de Impacto Ambiental realizadas incorrecta y arbitrariamente (a sabiendas de ello) por parte del funcionario competente sólo serán

---

<sup>637</sup> Es conveniente resaltar que entre el órgano sustantivo (que es el competente para tramitar la Evaluación) y el órgano ambiental (que es el que emite la DIA) puede haber discrepancias sobre la conveniencia a efectos ambientales de ejecutar un proyecto o sobre el contenido del condicionado de la declaración de impacto ambiental. En tal supuesto -según establece el citado art. 13 del texto refundido 1/2008- resolverá, según la Administración que haya tramitado el expediente, el Consejo de Ministros o el Órgano de Gobierno de la comunidad autónoma correspondiente o, en su caso, el que dicha comunidad haya determinado.

<sup>638</sup> Cosa distinta podría acontecer respecto a la normativa autonómica. Por ejemplo, si observamos el art. 36 de la Ley 2/2002, de 19 de junio, de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid vemos que se dice lo siguiente: “1. La Declaración de Impacto Ambiental **favorable** constituye requisito previo e indispensable para el otorgamiento de cualquiera de las autorizaciones o licencias que los proyectos o actividades sometidos a Evaluación de Impacto Ambiental precisen para su ejecución, **siendo, asimismo, el contenido de dicha Declaración de Impacto Ambiental vinculante para tales autorizaciones o licencias**. 2. Las licencias o autorizaciones otorgadas contraviniendo lo dispuesto en el apartado anterior serán nulas de pleno derecho “.

Como puede comprobarse aquí parece darse una plena autonomía a la Declaración de Impacto Ambiental. Se hace referencia a la Declaración y no a la Evaluación de Impacto Ambiental. Tal declaración se vincula directísimamente con la concesión de la licencia.

Por tanto, si la Declaración favorable fuese realizada por la autoridad/funcionario a sabiendas de su injusticia y arbitrariedad, podría subsumirse dentro de las conductas que analizo (informar favorablemente).

sancionables en vía administrativa<sup>639</sup>. Por otra parte, lo que sí debe ser típico es el informe favorable a la concesión de licencia realizado por el funcionario que no tenga en cuenta la Evaluación de Impacto Ambiental o que desprecie manifiesta y burdamente las conclusiones que ésta (Evaluación) impusiese, ya que un informe en esas condiciones tendría las notas de arbitrario e injusto.

En cualquier caso creo que los tipos penales analizados deberían haber sido más taxativos y precisos, con el fin de poderse incluir, sin ningún género de dudas, las irregularidades que pudieren cometer los funcionarios y/o autoridades a la hora de emitir bien las Declaraciones de Impacto Ambiental bien las Evaluaciones de Impacto Ambiental. Téngase en cuenta que éste último instrumento jurídico se concibió a nivel supranacional con el objetivo de que los Estados comunitarios salvaguardasen en la mayor medida de lo posible todos los temas referidos al medio ambiente y recursos naturales, entre los cuales, obviamente, ha de insertarse todo lo relativo al ordenación del suelo y al patrimonio histórico.

#### 4.5 Alcance y delimitación del “informe favorable” en estos delitos.

A lo largo de este trabajo se ha venido considerando a los delitos analizados como de mera actividad y eminentemente formales, que no requieren resultado material alguno. También se ha dicho que dentro de la conducta informante típica cabían tanto los informes preceptivos o no, como los vinculantes o no, e incluso los emitidos *ad hoc*, excluyendo, por un lado, los visados colegiales y, por otro, las llamadas

---

<sup>639</sup> Estas sanciones se recogen en el art. 21 RDL 1/2008, de 11 de enero, y son las ss.:

1. Las infracciones tipificadas en el artículo anterior darán lugar a la imposición de las siguientes sanciones:

a) En el caso de infracción muy grave: multa desde 240.404,85 hasta 2.404.048,42 euros.

b) En el caso de infracciones graves: multa desde 24.040,49 hasta 240.404,85 euros.

c) En el caso de infracciones leves: multa de hasta 24.040,49 euros.

2. Las sanciones se impondrán atendiendo a las circunstancias del responsable, grado de culpa, reiteración, participación y beneficio obtenido y grado del daño causado al medio ambiente o del peligro en que se haya expuesto la salud de las personas, de conformidad con lo establecido en el art. 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

3. Lo establecido en el presente artículo se entiende sin perjuicio de las competencias de las comunidades autónomas en la materia.

Evaluaciones de Impacto Ambiental que han de figurar en la tramitación de los expedientes tendentes a la concesión de licencias *ambientales*.

Sin embargo, con estos pronunciamientos no quedan ni mucho menos resueltos los problemas que acarrearán las conductas informantes (injustas y favorables) de cada uno de los preceptos analizados. De su lectura podríamos deducir un cierto vínculo entre las dos conductas tipificadas (informar a favor y conceder la licencia), siendo por tanto imprescindible pormenorizar, respecto a los nexos de unión de ambas conductas, si es que existe tal conexión, e incluso comprobar si la conducta informante *per se* es peligrosa para los bienes que se pretenden amparar penalmente.

A partir de estas premisas ha surgido por parte de la doctrina penal española una polémica muy interesante que no podemos eludir. La cuestión debatida se plantea en aclarar y argumentar si la conducta *informante* requiere alguna exigencia más, aparte de la emisión pura y simple del informe favorable por parte del funcionario público o, en su caso, autoridad (recuérdese que habitualmente éste no los realiza sino que se limita a la concesión de la licencia). De esta forma han surgido tres corrientes bien diferenciadas: la primera de ellas sostiene que con la simple firma del informe a favor -de manera injusta y a sabiendas- por parte del funcionario público, el delito ha sido cometido; la segunda posición considera que el simple informe *per se* no presupone ilícito penal alguno, pues para que el informe a favor sea típico hay que vincularlo bien a la concesión de la licencia, bien a la ejecución de las obras estipuladas en los arts. 320, 322 ó 329 CP (es decir, la edificación, el derribo o alteración de edificios singulares o la construcción de industrias contaminantes); y por último, la tercera posición sería intermedia entre las dos primeras posturas. Precisamente a cada una de ellas habrá que hacer referencia en los próximos epígrafes. Con ello lo que se pretende es clarificar algo esencial para la correcta aplicación de estos tipos penales, como es determinar el auténtico alcance de esta primera conducta típica.

#### **4.5.1 El informe a favor como elemento típico autónomo.**

Este posicionamiento viene siendo seguido por aquel sector doctrinal que mayoritariamente configura a estos delitos como de peligro abstracto puro. Así VERCHER

NOGUERA<sup>640</sup> entiende que los delitos funcionariales de los arts. 320.1, 322.1 y 329.1 CP se realizan por el mero hecho de emitirse el informe favorable, indiferentemente que se conceda la licencia o no; o sea que la responsabilidad penal se produce en el momento en que el informe emitido se une al expediente administrativo. La conducta de *informar a favor* supone una conducta de auténtico peligro y se consuma por el simple hecho de emitirlos, siempre que sea a sabiendas de su injusticia. Es indiferente que posteriormente se conceda o no la licencia ilegal. Esto lo argumenta afirmando que el legislador al tipificar expresamente esta conducta le ha querido dar una sustantividad singular e independiente al de “conceder la licencia”. De lo contrario, hubiera bastado con dejar reducido los referidos arts. 320, 322 y 329 CP a su apartado segundo, y aplicar las formas de participación del art. 28 CP para condenar como inductor o cooperador necesario a los autores de los informes favorables. En definitiva, entiende que la conducta de informar constituye un delito *per se* y no un mero presupuesto del delito en sí.

Asimismo, RODRÍGUEZ PUERTA/VILLACAMPA ESTIARTE<sup>641</sup> sostienen que en esta conducta informante resulta irrelevante su carácter vinculante o la falta de incidencia del mismo sobre la concesión de la licencia: emitido el informe injusto, a sabiendas, el delito se produce, careciendo, por tanto, de trascendencia el otorgamiento mismo de la autorización. Será típica la conducta del funcionario público que emita un informe (injusto) favorable a la concesión de una licencia, contrariando la normativa pertinente aunque finalmente ésta sea denegada. Para las citadas autoras esa decisión legislativa de adelantamiento de la responsabilidad se encuentra plenamente justificada ya que la tutela del territorio, del patrimonio (histórico) o del ambiente, reclaman una especial atención en aquellos casos en los que es la Administración pública, a través de los funcionarios, quien de alguna forma lesiona o facilita la lesión del bien jurídico. Debe recordarse que es precisamente aquélla a quien le corresponde velar por la preservación de los mencionados intereses.

Por su parte, y en la misma línea, BARRIENTOS PACHO<sup>642</sup> entiende que las conductas típicas de los arts. 320.1, 322.1 y 329.1 CP vienen conformadas por la mera y formal emisión del informe favorable referido en esos preceptos; basta su firma para

---

<sup>640</sup> VERCHER NOGUERA, *La Delincuencia urbanística*, cit., pp. 165-166.

<sup>641</sup> RODRÍGUEZ PUERTA/VILLACAMPA ESTIARTE, *La responsabilidad penal del funcionario público en materia urbanística*, en *Nuevo Derecho penal español*, 2001, p. 1747.

<sup>642</sup> Vid. BARRIENTOS PACHO, *Delitos relativos a la ordenación del territorio*, LL 1996-6, p. 1.560.

que el delito quede perfeccionado, con independencia de la posterior incidencia del informe en la resolución definitiva del expediente administrativo. Resulta indiferente, no ya el que se lleve a cabo la construcción, edificación, derribo/alteración (de edificios singulares) o industria a que se refieren las licencias, sino incluso el que la autorización sea finalmente denegada o concedida en los términos consignados en el informe favorablemente emitido, a sabiendas de su ilegalidad. Tampoco se distingue en la descripción de la conducta típica -sigue afirmando- el que el informe sea vinculante o no para quien debe resolver la solicitud de la licencia, teniendo ambos supuestos que quedar incluidos dentro del delito al no haber diferenciado el legislador nada al respecto.

Por último, ALASTUEY DOBÓN<sup>643</sup>, refiriéndose al art. 329.1 CP (y extensible a los arts. 320.1 ó 322.1 CP), y partiendo de que éste protege tanto la legalidad en el ejercicio de la función administrativa -cuyo núcleo típico se halla en el art. 404 CP- como la protección del ambiente como bien jurídico, entiende que esta conducta supone un hecho delictivo autónomo absolutamente desprendido de cualquier exigencia de accesoriedad en relación con un supuesto hecho principal: si un funcionario público concede licencia y un particular realiza una conducta del art. 325 CP, para castigar al funcionario que “emite el informe favorable” no es preciso buscar en su conducta elementos de participación en el hecho de conceder la licencia o en el de llevar a cabo actos contaminantes. No se trata pues de una forma de participación expresamente tipificada; estamos ante conductas típicas de mera actividad, siendo punibles aunque luego no se llegue a conceder la licencia basada en el contenido del informe o incluso no lleguen a funcionar esas industrias o a realizarse esas actividades contaminantes. Para esta autora si no existieran estos tipos penales (arts. 320.1, 322.1 ó 329.1 CP) esta conducta quedaría impune, a pesar de su claro contenido de injusto penal.

---

<sup>643</sup> Vid. ALASTUEY DOBÓN, *El ámbito de aplicación del art. 329 CP: examen de sus conductas típicas*, RDPCr., 2ª. ep., nº. 9, enero 2002, p. 16.



#### 4.5.2 El informe a favor como elemento típico vinculado a la concesión de la licencia.

Un sector doctrinal minoritario sostiene como idea esencial la circunstancia de que el simple informe favorable (injusto) sólo puede presuponer ilícito penal cuando quede vinculado al hecho posterior de la concesión real de la licencia ilegal. Así BERNAL VALLS<sup>644</sup>, refiriéndose al tipo penal del art. 320.1 CP, entiende que es un requisito implícito el que se haya llegado a conceder la licencia ilegal para poder castigar al funcionario que realiza un informe ilegal relativo a las materias que nos atañen. A esta conclusión llega por dos motivos: uno, porque la pena tanto por informar como por conceder la licencia es la misma; y dos, porque el art. 228.2 del TRLRSOU '76 condiciona la responsabilidad del facultativo informante a la existencia de una licencia cuyo contenido sea manifiestamente constitutivo de una infracción urbanística grave. Es decir, si en vía administrativa expresamente concurre el vínculo informe-otorgamiento licencia, no tiene sentido pensar que en la vía penal haya que rechazar tal conexión.

Por su parte, OCTAVIO DE TOLEDO<sup>645</sup>, refiriéndose al art. 329 CP, entiende que esta conducta informante no supone estar ante un delito autónomo: el informe favorable sólo será típico cuando posteriormente se conceda la licencia correspondiente a la instalación de la industria contaminante. Según éste autor la conducta de informar por sí sola carece de significación. El considerar la conducta de “informar a favor” autónomamente de la de “conceder la licencia ilegal” es insostenible ya que en ese caso se estaría incriminando una proposición para delinquir “cuya equiparación en pena a la prevista para la autoría sería a todas luces excesiva”, pues el CP (art. 17.3) prevé para los supuestos de proposición una pena menor a los de autoría. Para dicho autor la conducta de “*informar favorablemente*” estaría dentro de lo que es un supuesto de participación expresamente cualificado.

---

<sup>644</sup> BERNAL VALLS, *Delitos contra la ordenación del territorio*. Curso impartido en la FGE sobre “Nuevas formas de delincuencia económica”. Madrid de 30 de Septiembre a 2 de octubre de 1996, pp. 22 y 23.

<sup>645</sup> OCTAVIO DE TOLEDO, *Un ejemplo de norma jeroglífica: el art. 329 CP*, cit., RP Aranzadi, 2000, nº. 3, pp. 30 y ss.

Asimismo, SIERRA LÓPEZ<sup>646</sup> entiende que todas las conductas activas recogidas en los arts. 320, 322 y 329 CP (informar, resolver, votar a favor) están dirigidas a la consecución del acto administrativo de la concesión de la licencia: no se debe desvincular la emisión de informes con la concesión de las licencias.

Por su parte, DE LA MATA BARRANCO<sup>647</sup> va mucho más lejos en su posición. Partiendo de que los tipos de los arts. 320, 322 y 329 CP suponen delitos de *lesión* en cuanto sólo la existencia de la construcción o edificación (o en su caso, el derribo o alteración de edificios singulares o la instalación de actividades contaminantes) permite la incriminación del funcionario público que informa favorablemente los proyectos o la concesión de licencias, defiende -refiriéndose específicamente al tipo penal del 320.1 CP- que con la conducta informante (a favor) ha de afectarse la ordenación del territorio y, para que pueda sancionarse al funcionario público que lo redacta, es obligatorio no ya el hecho de conceder la licencia, sino que hay que exigir la construcción o edificación a la que se alude en el 319 CP<sup>648</sup>. Según este autor -al igual que hacia Bernal Valls- entender que el 320.1 CP sanciona la mera emisión del informe, sin ulteriores exigencias, desvirtúa la valoración establecida administrativamente de la gravedad de las conductas sometidas a su régimen disciplinario, haciendo intervenir al Derecho penal ya no sin añadir un *plus* al ilícito administrativo, sino incluso respecto de los ilícitos que en este ámbito (administrativo) carecen de la máxima consideración de gravedad posible. En efecto, a título de ejemplo, y como ya se dijo, el art. 228.2 TRLRSOU de 1976 sólo sanciona al facultativo que informa en relación *con obras amparadas* en una licencia, lo que obliga a exigir la existencia de las mismas (licencias). Igualmente el art. 7.1h) del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado de 1.986 sanciona la emisión de informes ilegales, no como falta muy grave, sino únicamente

---

<sup>646</sup> SIERRA LÓPEZ, *La prevaricación específica del funcionario público en el marco de los delitos recogidos en el título XVI: su relación con la prevaricación genérica del art. 404 CP*, APen nº. 36, 8-10-2000, pp. 780-781.

<sup>647</sup> DE LA MATA BARRANCO, *Art. 320.1: prevaricación específica en el caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas*, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, cit. p. 154 y ss.; y DE LA MATA BARRANCO, *La construcción de tipos específicos a partir de la participación en un hecho ajeno: el ejemplo de las denominadas prevaricaciones especiales*, en Quintero Olivares/Morales Prats (Coord.), *El "Nuevo DP español"*, LH-Valle Muñiz, 2001, pp. 1238-1244.

<sup>648</sup> Vid. en similar sentido, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, *Análisis del artículo 320: la responsabilidad penal de la Administración urbanística*, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, 1998, cit., p. 3.

como falta grave, y solo cuando a su vez “causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos”.

DE LA MATA BARRANCO insiste en que -respecto a estos tipos 320, 322 y 329 CP- lo que no se puede perder de vista es la perspectiva del bien penalmente tutelado, afirmando que estos delitos no pretenden adelantar las barreras de protección, sino deslindar la responsabilidad de un partícipe cualificado (funcionario/autoridad) de la de un autor no cualificado o evitar condicionar la responsabilidad de aquél a la de éste para salvar posibles lagunas de penalidad. Según el citado autor, el hecho principal con el que hay que relacionar el *acto de participación* (tipificado expresamente a través de la conducta informante) está descrito en los tipos básicos de los arts. 319, 321, 325 y 328 CP: de esta manera es necesario exigir la realización del vertido, emisión, depósito, edificación, derribo etc. -hecho principal- para sancionar al funcionario que emite el informe a favor. Es más, aunque la conducta de participación se consumase con la mera emisión del informe, habría de realizarse el hecho principal o al menos iniciarse su ejecución, puesto que si no faltaría un tipo de autor al que vincular el tipo de participación<sup>649</sup>.

.

#### **4.5.3 Posición intermedia en relación al nexo informe/concesión licencia.**

Esta posición, si bien es cierto que no exige la concesión real de la licencia ilegal a las que se refieren los artículos que analizamos para que el funcionario informante incurra en responsabilidad penal, considera que no todo informe favorable -*per se*- puede ser subsumido dentro de los números uno de dichos preceptos, puesto que éstos carecen de un carácter autónomo. En este sentido, un sector de la doctrina apuesta por restringir el alcance de los tipos 320.1, 322.1 y 329.1 CP bajo unos determinados parámetros vinculados a la proximidad del otorgamiento de dicha licencia.

---

<sup>649</sup> DE LA MATA BARRANCO, *ob. ult. cit.*, p. 1247. Este autor entiende que la dependencia respecto de los arts. 319, 321 y 325 CP abarca todos los comportamientos de los arts. 320, 322 y 329: es decir tanto el apartado uno, como el dos, y no solo la conducta de “informar favorablemente”.

SILVA SÁNCHEZ<sup>650</sup>, refiriéndose al art. 329 CP, entiende que desde la perspectiva de peligro para el bien jurídico no todo informe favorable realiza el tipo penal. Se debe restringir su alcance únicamente a cuando la licencia arbitraria aparezca como *consecuencia inmediata o casi necesaria* del informe favorable. A esto debe añadirse el aspecto de que no basta con que la autorización implique meramente la realización de una conducta ilegal, sino que ha de tratarse de que implique la realización de una conducta precisamente relevante para el Derecho penal. Con esta doble restricción (la exigencia de una especial cualidad del informe a favor en relación con la resolución autorizadora y de un contenido de riesgo penalmente relevante en la actividad autorizada) parece que se puede obtener una adecuada interpretación material del precepto.

Por su parte, LASO MARTÍNEZ<sup>651</sup> considera que en el 320.1 CP (y por extensión en los arts. 322.1 y 329.1 CP) debe existir una relación de causa a efecto entre el informe a favor y la concesión de la licencia ilegal, es decir, que sea determinante el otorgamiento de la autorización. Cuando el tipo penal se refiere a *informes a favor*, se debe referir a aquellos que por razón de su carácter sean determinantes para la resolución que se adopta.

LESMES SERRANOS<sup>652</sup>, refiriéndose también al arts. 329.1 CP, establece que es necesario que el órgano administrativo con competencia para resolver la concesión de la licencia ilegal siga el sentido del informe a favor, pues de otra manera ni siquiera se pondría en peligro el bien jurídico protegido ambiental. Así se deriva -según el autor- de la expresión “...que autoricen el funcionamiento...”, según la cual lo que se está exigiendo es la efectiva concesión de la autorización: es a lo que Lesmes Serranos llama “resultado” de los informes favorables.

En esta misma línea intermedia VIRTO LARRUSCAIN<sup>653</sup> considera que el informar favorablemente sólo puede constituir una conducta incriminada penalmente por los tipos agravados de los arts. 320, 322 ó 329 CP, cuando se pueda determinar *ex-ante* una progresión en el peligro de llegar a una resolución arbitraria (concesión de li-

---

<sup>650</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Los delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 157.

<sup>651</sup> LASO MARTÍNEZ, *Urbanismo y Medio ambiente en el NCP*, cit., pp. 154-155.

<sup>652</sup> LESMES SERRANOS, *Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, en *Derecho penal administrativo*, 1997, p. 367.

<sup>653</sup> VIRTO LARRUSCAIN, *El delito de prevaricación del funcionario público*, en *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 133.

cencia), de manera que ésta sea consecuencia inmediata o casi necesaria del precedente informe manifiestamente ilegal.

Por último, MATELLANES RODRÍGUEZ<sup>654</sup>, basándose en el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, considera que hay que delimitar las conductas informantes a la concurrencia de una proximidad entre el informe y el acto final de resolución (concesión de licencia ilegal) pues así se hace una acotación más estrecha: tales informes han de versar y referirse a los aspectos sobre los que refieren los arts. 320.1, 322.1 y 329.1 CP, es decir, ordenación territorial, patrimonio cultural y medio ambiente.

#### 4.5.4 Toma de postura.

Las conductas típicas de “informar favorablemente” de los arts. 320, 322 y 329 CP, en la forma en que están redactados, presentan un importante problema interpretativo de difícil solución. Si se analizan desde un punto de vista literal resultará que este elemento objetivo quedará desvinculado del bien jurídico penalmente protegido, lo cual no es admisible. Asimismo si interpretamos estos “informes” desde un punto de vista expansivo, llegaremos a la conclusión de ir más lejos de lo que el legislador quiso hacer.

En mi opinión, con la tipificación de estas conductas informantes, lo que se ha querido reflejar es la trascendental importancia que tienen los *informes previos* en las tres materias *ambientales* que nos atañen. Esos informes ilegales a favor - antesala de la concesión de licencias injustas- influyen, o pueden influir, de una manera tan decisiva en el funcionario, u órgano colegiado *ambiental*, concedente de la licencia, que conllevan en sí mismo una patente peligrosidad. Por tanto, estos informes han de presumirse *per se* como peligrosos respecto a los bienes protegidos de la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y el medio ambiente. Ello supone la concurrencia de un mínimo contacto -eso sí, muy lejano- entre esta conducta típica informante (favorable) y el bien jurídico penalmente protegido. A mi entender esta

---

<sup>654</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, *Medio ambiente y funcionarios públicos*, cit., pp. 384 y ss.

es la única manera posible en que pueden interpretarse los apartados primero de los delitos analizados. Debe rechazarse una interpretación excesivamente literal de esta conducta de *informar a favor* donde se obvie su relación con los bienes jurídico-penalmente protegidos, como son la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y el medio ambiente.

El hecho de “informar a favor” supone que estemos ante una conducta de mera actividad: su simple realización produce la comisión delictiva, en tanto que estamos ante delitos configurados como de peligro abstracto puro. Se trata de una conducta plenamente autónoma que no está vinculada con los apartados dos de los delitos que se analizan. Entre ambos apartados no existe relación de dependencia, pues ambos deben entenderse autónomos. A esta conclusión se debe llegar por la clara separación existente entre sendos apartados. No hay interrelación entre ambos comportamientos (informar a favor y conceder la licencia o votar a favor, todo ello injustamente), según se desprende de la redacción vigente de los arts. 320, 322 y 329 CP, sino que cada uno de sus apartados van dirigidos a dos fases bien distintas en las que intervienen siempre diferentes funcionarios públicos.

Se ha venido manifestando que la posición autónoma de la conducta de “informar a favor” -aquí sostenida- sería claramente contraria al principio de ofensividad, siempre defendible en el Derecho penal al constituir uno de sus principios esenciales. Sin embargo, esto debe ser matizado convenientemente. La afección al doble bien protegido en estas conductas del apartado primero de los delitos analizados se produce desde el momento en el que el funcionario público firma y entrega el informe favorable, en tanto en cuanto que desde ese momento se está produciendo una defraudación por parte del funcionario público a su condición de miembro de los poderes públicos, realizando un ataque frontal a la legislación ambiental, urbanística o la referida al patrimonio histórico con plena conocimiento y asunción de ello. Aparte de que, evidentemente, el mencionado informe injusto, realizado dolosamente, se presume ya peligroso para las materias *ambientales* protegidas en los arts. 320, 322 y 329 CP.

Por todo esto no se puede estar de acuerdo con la posición -entre otros- de DE LA MATA BARRANCO en cuanto a la exigencia de que sea concedida la licencia ilegal o que se haya realizado los actos edificación/construcción (art. 319 CP), de derribo/alteración de ciertos edificios singulares (art. 321 CP) o de contaminación (del

325 CP), como requisito adicional para la punición de la conducta consistente de “emitir informe favorable”. Esta nueva exigencia interpretativa en ningún momento figura inserta en los tipos penales que se analizan.

Tampoco resulta del todo convincente la interpretación teleológica formulada por SILVA SÁNCHEZ en el sentido de que el alcance de la conducta de informar a favor debe restringirse únicamente a cuando la licencia arbitraria aparezca como *consecuencia inmediata o casi necesaria* del referido dictamen. En mi opinión, *lege ferenda*, así lo tendría que haber hecho el legislador, configurando estos tipos penales como de peligro hipotético, cosa que no hizo. En los apartados primero de los delitos estudiados, *lege lata*, se ha partido del punto de vista de la capacidad de peligrosidad general que suponen los mencionados informes favorables dolosos respecto a la concesión misma de la licencia -o incluso respecto a las conductas injustas tipificadas en los tipos básicos de los arts. 319, 321 y 325 CP-, y de ahí que no sea preciso vincular los informes a favor con la concesión de las licencias ilegales.

## **5. Concepto y consideraciones generales sobre las “licencias”.**

El segundo grupo de conductas típicas de los delitos analizados van referidas a la concesión de las licencias (ilegales) por parte -en la mayoría de las veces- de las autoridades que han de permitir, en último término, actividades que van a afectar negativamente a la ordenación del territorio, al patrimonio histórico y al medio ambiente. Esto acontece una vez que, separadamente, se hayan emitido los informes favorables -también ilegales- tendentes a recomendar esas concesiones por parte de otros funcionarios y a los que se hizo referencia en los anteriores epígrafes.

Al aparecer estas licencias, configuradas como un elemento normativo del tipo, es conveniente en primer lugar realizar una definición de las mismas. Como ha manifestado la jurisprudencia<sup>655</sup>, son actos administrativos de autorización en virtud de las cuales se controla la actuación proyectada por el solicitante, verificando si se

---

<sup>655</sup> SSTs, Sala 3ª, de 16-3-1998 (EDJ 1998/1940) y 2-4-1998 (EDJ 1998/2221).

ajusta o no a las exigencias del interés público plasmado en el ordenamiento vigente (en este caso normativa urbanística, relativa al patrimonio histórico o ambiental). Suponen, por tanto, una técnica esencial de control preventivo, al mismo tiempo que otorgan seguridad jurídica al ciudadano, que, con su obtención, puede desarrollar las actividades que requirió a la Administración y que podían afectar a materias tan sensibles como son la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y el ambiente<sup>656</sup>.

Su naturaleza es reglada en el sentido de que, a la hora de decidir sobre su otorgamiento, la Administración carece de toda libertad de acción, debiendo ceñirse estrictamente a la comprobación de la conformidad o disconformidad de la actividad proyectada por el solicitante con las disposiciones aplicables, a las que en todo momento debe ajustarse, y ello en el doble sentido de tener que denegar las licencias que se opongan a tales disposiciones y tener que conceder las que se acomoden a las mismas<sup>657</sup>.

Como afirma GÓMEZ RIVERO<sup>658</sup> estas autorizaciones administrativas son requeridas a fin de controlar que el peligro que produce una actividad determinada no sobrepase el límite de lo socialmente tolerado. Se pretende conjugar la necesidad de no paralizar el progreso tecnológico y las actividades económicas con la preservación del entorno urbanístico y ambiental, acotándose normativamente las conductas que, ya *ex ante* y desde una contemplación genérica, resultan nocivas o con alta potencialidad nociva para los respectivos intereses colectivos y cuya realización no autorizada presenta, sin más, a la actividad como contraria a Derecho.

---

<sup>656</sup> No obstante, no podemos permanecer impasibles a la mutación que ya se empieza a producir al respecto en cuanto a las inspecciones y autorizaciones administrativas. Estas actuaciones administrativas empiezan ya a ser sustituidas por actuaciones realizadas por sujetos privados o por novedosos procedimientos que, con el objeto de simplificar los trámites administrativos, son protagonizados por una intensa actividad privada de autorregulación. Las inspecciones técnicas de las instalaciones industriales son ejercidas, casi en su totalidad, por sujetos privados, en concreto, por entidades privadas colaboradoras de la Administración (ECAs). La potestad autorizatoria es sustituida por una potestad de veto de la Administración en aquellos supuestos en los que se prevé un sistema de comunicación como requisito previo para el inicio de una actividad empresarial. Aunque no se produzca completamente la sustitución de las licencias administrativas por la autorregulación regulada, aquéllas se encuentran condicionadas de un modo determinante por ésta. Ello ocurre en la medida en que la concesión de licencias administrativas se encuentra condicionada por la previa realización de autocontroles privados por parte de las empresas, o por certificación realizada por expertos privados sobre el cumplimiento de aquellas obligaciones cuya responsabilidad compete, en primer término, a tales empresas. Véase al respecto DARNACULLETA I GARDELLA, *Auto-regulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, cit., p. 423.

<sup>657</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho urbanístico*, cit., p. 223; en sentido similar, TEJEDOR BIELSA, *Urbanismo*, en *Derecho administrativo*, PE, Cuarta Parte, Capítulo II, dir.: José Bermejo Vera, pp. 687 y ss.

<sup>658</sup> GÓMEZ RIVERO, *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio*, cit., pp. 11 y 12.



En mi opinión, no cabe duda, que la licencia hay que entenderla como cualquier acto administrativo que autorice una actividad de las especificadas en los artículos 320, 322 ó 329 CP, debiendo equipararse tanto a las autorizaciones como a los permisos. Esto se deduce no sólo porque la jurisprudencia viene refiriéndose a estos conceptos de manera indistinta<sup>659</sup>, sino también porque estas categorías lo que suponen es la remoción de aquellos obstáculos o limitaciones legalmente establecidos para el ejercicio de ciertos derechos o facultades por parte de los administrados<sup>660</sup>.

### 5.1 Alcance de las licencias típicas.

El primer problema que plantea el elemento normativo de la licencia es el de averiguar a qué clase de licencias se están refiriendo estos tipos penales. Téngase en cuenta que para la ejecución de edificaciones u obras, para el derribo/alteración de edificios protegidos o para la puesta en funcionamiento de industrias contaminantes no sólo puede requerirse una licencia<sup>661</sup>, sino que en algunos casos se requerirán dos ó más. En efecto, si comprobamos el ámbito relativo al patrimonio cultural, cualquier actividad que pueda afectarle precisará al menos de dos autorizaciones consecutivas: una del Municipio o Corporación respectiva y otra del Organismo histórico-cultural. Igualmente si nos referimos al sector de la ordenación del territorio, el art. 1 del RDU viene a fijar qué actividades requieren licencias, sin perjuicio de las autorizaciones que fueren procedentes *con arreglo a la legislación específica aplicable*. También en el ámbito ambiental y de recursos naturales (instalación de actividades contaminantes) se precisará bien la licencia ambiental integrada, bien las autorizaciones prevenidas en la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, sobre calidad del aire y protección de la atmósfera, o bien, en determinados casos, licencia de apertura mu-

---

<sup>659</sup> SSTS, Sala 3ª., de 4-4-2001 (EDJ 2001/15202) y 31-10-2006 (EDJ 2006/306390).

<sup>660</sup> Vid. BLANCO LOZANO, *El Delito urbanístico*, cit., p. 110. En contra de equiparar las licencias con las autorizaciones, ACALE SÁNCHEZ, *Delitos urbanísticos*, cit. p. 264.

<sup>661</sup> Recuerdese lo estipulado en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación respecto a la licencia ambiental integrada. Vid. §.3, apartado II de la 1ª. parte de este trabajo.

nicipal<sup>662</sup> o la sectorial aplicable. Por tanto, al hallarnos ante un conjunto de licencias consecutivas o en cadena que son preceptivas, unas previas a otras, y todas ellas con la finalidad de autorizar las actividades reclamadas por determinados sujetos, se tendrá que comprobar cuales son las subsumibles en los tipos penales de los apartados dos de los arts. 322 y 329 CP<sup>663</sup>, máxime teniendo en cuenta que, en algunos casos, no se puede obtener lícitamente una licencia, si previamente no han sido obtenidas las anteriores<sup>664</sup>.

En mi opinión, y siguiendo a MATELLANES RODRÍGUEZ<sup>665</sup>, debe aceptarse la posibilidad de incluir todas y cada una de las licencias que puedan concurrir en cada caso concreto. Es decir, cualquiera de las que formen parte de la cadena necesaria para que pueda llevarse a cabo -respecto al art. 329 CP- el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes, aunque esencialmente será la “licencia ambiental integrada” regulada en la Ley 16/2002, sobre prevención y control integrado de la contaminación, la subsumible en el art. 329.2 CP.

Más compleja se presenta esta cuestión en relación con el art. 320 CP en tanto que éste no aporta ninguna información sobre la clase y contenido de las licencias subsumibles en el tipo penal, sino que únicamente se limita a exigir que guarden relación con la actividad urbanística. Sobre esto, la doctrina penal dominante<sup>666</sup> entiende que para concretar qué actividades precisan licencias en el campo urbanístico hay que remitirse a la norma estatal (de carácter supletorio respecto a la normativa autonómica) del RD 2187/1978, de 23 de junio, sobre el RDU (modificado por Real Decreto 304/1993), en cuyo artículo primero<sup>667</sup> se establece un amplísimo listado de

---

<sup>662</sup> Así, por ejemplo, el art. 3.1 de la ley 5/1993, de 21 de octubre, de la Comunidad de Castilla y León establece que “toda persona física o jurídica que pretenda la instalación, ampliación o reforma de una actividad clasificada deberá solicitar ante el ayuntamiento en cuyo término pretenda ubicar dicha actividad, la autorización previa correspondiente, que se denominará licencia de actividad. La concesión o denegación de dicha licencia, será competencia del alcalde”.

<sup>663</sup> Excluimos voluntariamente el art. 322 CP ya que, como se verá más adelante, el apartado segundo del mismo, al hacer mención a “su concesión”, no se está refiriendo realmente a las licencias ya que el legislador olvidó incluir en el apartado primero la conducta de informar las concesiones de las licencias, refiriéndose tan sólo a los proyectos.

<sup>664</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *El Delito ecológico y la salud pública*, EPC, t. XVII, 1994, p. 76.

<sup>665</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, *Medio ambiente y funcionarios públicos*, cit., p. 330.

<sup>666</sup> Por todos, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal de la Administración urbanística: el art. 320 CP*, AJ nº. 270, 21-11-1996, p. 3; y GÓRRIZ ROYO, *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., p. 134.

<sup>667</sup> Art. 1: “Estarán sujetos a previa licencia, sin perjuicio de las autorizaciones que fueren procedentes con arreglo a la legislación específica aplicable, los siguientes actos:

1. Las obras de construcción de edificaciones e instalaciones de todas clases de nueva planta.
2. Las obras de ampliación de edificios e instalaciones de todas clases existentes.

obras y actuaciones sometidas a este tipo de licencias. Pero, es precisamente aquí donde surge el debate doctrinal. Por una parte, RODRÍGUEZ PUERTA/VILLACAMPA ESTIARTE<sup>668</sup> optan por una interpretación restrictiva del vocablo entendiendo que el alcance de las licencias del artículo 320 CP debe restringirse únicamente a los supuestos contemplados en el atentado base contra la ordenación del territorio, es decir, ha de circunscribirse únicamente a las de edificaciones y construcciones prohibidas estipuladas en el art. 319 CP, excluyendo, por tanto, la concesión de licencias de parcelación o urbanización ilegales, las cuales serían sancionadas por la vía del art. 404 CP. Por el contrario, NARVÁEZ RODRÍGUEZ<sup>669</sup> considera que todos los actos de ejecución a los que se refiere el citado art. 1 del RDU y que requieren la pertinente licencia municipal delimitan el ámbito objetivo del delito funcional (320 CP). LASO MARTÍNEZ<sup>670</sup>, va más allá y entiende que cuando el art. 320.2 CP hace referencia genérica a la “concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes” lo que está plasmando es la idea de que la raíz del tipo penal está en la concesión indebida, a sabiendas de la injusticia, de una licencia, sea cual fuere su objeto, siendo la extensión de la pena más que expresión del alcance del hecho, castigo por la deslealtad del funcionario o autoridad. Este autor entiende que todas las licencias

---

3. Las de modificación o reforma que afecten a la estructura de los edificios e instalaciones de todas clases existentes.

4. Las de modificación del aspecto exterior de los edificios e instalaciones de todas clases existentes.

5. Las obras que modifiquen la disposición interior de los edificios, cualquiera que sea su uso.

6. Las obras que hayan de realizarse con carácter provisional a que se refiere el apartado 2 del artículo 58 del texto refundido de la Ley del Suelo, en adelante Ley del Suelo.

7. Las obras de instalación de servicios públicos.

8. Las parcelaciones urbanísticas.

9. Los movimientos de tierra, tales como desmontes, explanación, excavación y terraplenado, salvo que tales actos estén detallados y programados como obras a ejecutar en un Proyecto de Urbanización o de Edificación aprobado o autorizado.

10. La primera utilización u ocupación de los edificios e instalaciones en general.

11. Los usos de carácter provisional a que se refiere el apartado 2 del artículo 58 de la Ley del Suelo.

12. El uso del vuelo sobre las edificaciones e instalaciones de todas clases existentes.

13. La modificación del uso de los edificios e instalaciones en general.

14. La demolición de las construcciones, salvo en los casos declarados de ruina inminente.

15. Las instalaciones subterráneas dedicadas a aparcamientos, actividades industriales, mercantiles o profesionales, servicios públicos o cualquier otro uso a que se destine el subsuelo.

16. La corta de árboles integrados en masa arbórea que esté enclavada en terrenos para los que exista un Plan de Ordenación aprobado.

17. La colocación de carteles de propaganda visibles desde la vía pública.

18. Y, en general, los demás actos que señalen los Planes, Normas u Ordenanzas.

<sup>668</sup> RODRÍGUEZ PUERTA/VILLACAMPA ESTIARTE, *La responsabilidad penal del funcionario público en materia urbanística*, en Nuevo Derecho Penal español, 2001, p. 1745.

<sup>669</sup> NARVÁEZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal de la Administración urbanística: el art. 320 CP*, AJ nº. 270 de 21-11-1996, p. 3.

<sup>670</sup> LASO MARTÍNEZ, *Urbanismo y Medio ambiente en el NCP*, cit., p. 152.

relacionadas con el urbanismo o la ordenación del territorio están incluidas, aunque algunas, por su menor consideración, como la de vallado o la fijación de carteles, deberán tener una interpretación menos exigente.

En mi opinión, no se puede estar totalmente de acuerdo con ninguna de las posiciones expresadas por los autores anteriormente citados, sino que lo acertado sería adoptar una posición intermedia. En efecto, estimar que las licencias a las que se refiere el art. 320 CP son exclusivamente las licencias referidas a las edificaciones/construcciones del art. 319 CP es no ajustarse al relato que ha hecho el legislador de este tipo funcional específico. Habrá de entenderse que si sólo hubiera querido referirse a las “construcciones o edificaciones” lo hubiera indicado expresamente tal y como se ha hecho en los arts. 321 y 322 CP donde el elemento típico del “derribo o alteración de edificios singularmente protegidos” se reproduce en ambos. El problema -insisto- es la muy deficiente sistemática y coordinación existente en los delitos del Cap. I del Tit. XVI. Igualmente, de entender que la posición de NARVÁEZ RODRÍGUEZ fuese la correcta, supondría por ejemplo, tipificar el otorgamiento de la licencia ilegal tendente a la colocación de carteles de propaganda visibles desde la vía pública, lo cual no parece lógico que el legislador pretendiese hacer dada su irrelevancia respecto al bien jurídico que se pretende proteger en el tipo penal. Del mismo modo con la posición de este último autor también serían típicas las autorizaciones ilegales tendentes a lo que son las llamadas urbanizaciones urbanísticas, concepto éste que el legislador lamentablemente excluyó en los arts. 319 y 320 CP. Por último, la posición de LASO MARTÍNEZ también debe rechazarse en tanto que no concibe el art. 320 CP como delito pluriofensivo, ya que hace recaer todo el desvalor de la acción en la deslealtad de la autoridad o funcionario, olvidándose del bien jurídico que da título al Cap. I del Tit. XVI.

En definitiva, las licencias que han de subsumirse en mi opinión dentro del art. 320.2 CP serán todas aquellas a las que se refieren los arts. 9.1.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, 178.1 del TRLRSOU (de 1.976) y 1 del RDU relativas al *aprovechamiento y uso del suelo* y que tengan relación real con la ordenación del territorio. De esta forma quedarían incluidas, por ejemplo, las licencias relativas al movimiento de tierras, pero excluidas las licencias tendentes a la colocación de vallas o carteles (que son irrelevantes para el bien jurídico que se pretende proteger).

## 5.2 La problemática de las licencias viciadas por nulidad o anulables a los efectos del apartado segundo de los arts. 320, 322 y 329 CP.

Como se ha señalado anteriormente, no toda concesión de una licencia irregular de las referidas en los arts. 320, 322 y 329 CP puede considerarse como típica. La existencia de todo un sistema de recursos en nuestro ordenamiento jurídico supone que, ni todo desajuste entre la concesión y lo establecido en el ordenamiento jurídico, ni que cualquier error o equivocación del funcionario o autoridad a la hora de otorgar la misma, puede dar lugar a la intervención del Derecho penal. Por el contrario, según se dijo, sólo será punible la que fuese groseramente injusta, arbitraria o manifiestamente ilegal. Sin embargo, estos permisos a los que se refieren los artículos analizados, en cuanto resoluciones administrativas que son, sí que deben reunir todos los requisitos precisos para ingresar en el tráfico jurídico, lo que no significa, obviamente, la total ausencia de posibilidades de anulación o de nulidad, sino la exigencia de que ofrezca la *apariencia formal* suficiente como para que, efectivamente sea objeto de dicho tráfico<sup>671</sup>.

Al igual que surgía la discusión de la concesión de las licencias emitidas por funcionarios o autoridades manifiestamente incompetentes, y sobre lo que ya se hizo referencia, surge también la problemática de si debe considerarse típica la licencia que adolezca de vicio de nulidad en cuanto a su contenido, máxime si se toma en consideración lo estipulado en los arts. 62 y ss. de la LRJAP y PAC y la posibilidad de conversión y/o convalidación de los actos viciados. Según éste precepto, los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos que “sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta”. Así pues, por principio, todas las licencias injustas/ilegales aludidas en los artículos analizados, serían nulas con invalidez *ex tunc*.

Sin embargo, GONZÁLEZ CUSSAC<sup>672</sup> afirma que la existencia en Derecho administrativo de la “teoría de las nulidades”, donde se delimitan hasta cinco grados diferentes de ilegalidad administrativa, hace que resulte obvio que todas no pueden

---

<sup>671</sup> OCTAVIO DE TOLEDO, *El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el CP*, LL 1996-5, p. 1519.

<sup>672</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, *El Delito de prevaricación de funcionario público*, cit., p. 67.

constituir una infracción penal, sino que sólo lo serán aquellas que nunca podrían tener cabida en el ordenamiento jurídico. Por el contrario, OCTAVIO DE TOLEDO<sup>673</sup> entiende incorrecta esa postura por dos motivos: en primer lugar, hay que tener en cuenta que, equiparadas esas causas por el Derecho administrativo a efectos de nulidad, al Derecho penal no ha de interesarle sólo determinar cuales de entre ellas sean más o menos graves, sino que lo que fundamentalmente le interesa es averiguar como ha sido el comportamiento de la autoridad o funcionario público que ha dictado dicha resolución viciada. Es decir, interesa saber si la licencia -como resolución- es injusta o no, así como la gravedad de sus consecuencias y si esa injusticia resulta o no manifiesta; en segundo lugar, porque nada añade, sobre la entidad de la “injusticia” que puedan encerrar las distintas causas de nulidad, afirmar -como hace GONZÁLEZ CUSSAC- que en el ámbito de estos delitos solo cabe incluir aquellos actos nulos que “nunca podrían tener cabida en el ordenamiento jurídico“. Es obvio que ningún acto nulo, por su propia condición puede tener cabida en el ordenamiento jurídico por sus efectos *ex tunc*.

Considero que esta última posición de OCTAVIO DE TOLEDO es la más acertada. En relación con los delitos estudiados, todas las licencias que pudieran adolecer de causa de nulidad plena o relativa (anulabilidad) constituyen infracción penal desde el momento en que el comportamiento funcional constata su carácter manifiestamente injusto y arbitrario, y proceda a otorgarla conscientemente de lo que hace. No hay que olvidar tampoco que este empleado público quiere dictar un acto administrativo que sabe irregular e ilegal, indiferentemente de que la nulidad devenida sea más o menos trascendente. Eso sí, es esencial esa *apariencia formal* suficiente, anteriormente aludida, como para que, efectivamente sea objeto de dicho tráfico.

### **5.3 La cuestión del otorgamiento de la licencia por silencio administrativo positivo a los efectos de los tipos analizados.**

La importante polémica doctrinal surgida desde antaño acerca de la posible comisión por omisión del delito de prevaricación común (concretamente del elemento

---

<sup>673</sup> OCTAVIO DE TOLEDO, *ob. ult. cit.*, p. 1521.

típico “dictar resolución“ de los arts. 358 CPA y 404 NCP), se ha visto extendida, como no podía ser de otra forma, a los delitos que son objeto de análisis en la presente investigación. Se trata de determinar si la concesión de las licencias mencionadas en los arts. 320 y 329 del CP<sup>674</sup> requieren el otorgamiento activo y expreso de la misma o si por el contrario sería subsumible en el elemento típico su obtención por la vía del silencio administrativo positivo, todo ello partiendo de la norma general administrativa del art. 43.2 de la Ley 30/92 de RJAP y PAC<sup>675</sup>. Lo que interesa al campo penal es la inactividad de la Administración que da lugar al acto presunto, o lo que es lo mismo, la que se produce dentro del procedimiento por la no contestación -en un determinado plazo- a una petición del administrado<sup>676</sup>. La problemática del silencio administrativo se ha visto complicada con motivo de las modificaciones habidas por la Ley 4/1999, de 13 de enero, en la Ley 30/92. Antes el silencio positivo exigía como requisito de carácter constitutivo la conformidad de lo solicitado (y objeto del futuro silencio) y el ordenamiento jurídico (es decir, que la solicitud se adecuase al Derecho), de tal manera que en caso de disconformidad (ilegalidad), el acto presunto podía ser considerado inexistente y por tanto desconocido por la Administración a todos los efectos, pues el silencio no se había consumado. Ahora sin embargo, según puede deducirse del vigente art. 62.1.f) de la LRJAP<sup>677</sup>, el acto presunto produce “efectos jurídicos“ desde que transcurre el plazo para resolver expresamente, aunque su contenido sea contrario a Derecho, siempre y cuando que el acto administrativo *no carezca de los requisitos esenciales para su adquisición* (si care-

---

<sup>674</sup> Nuevamente omito conscientemente el art. 322 CP puesto que es muy dudoso que su apartado segundo vaya dirigido a las licencias en sí mismo.

<sup>675</sup> Art. 43.2: “Los interesados podrán entender *estimadas por silencio administrativo* sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario. Quedan exceptuados de esta previsión los procedimientos de ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la CE, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones, en los que el silencio tendrá efecto desestimatorio.

No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo”.

<sup>676</sup> Vid. VIRTO LARRUSCAIN, *El delito de prevaricación del funcionario público*, en Delitos contra la administración pública, editora Asúa Batarrita, p. 146.

<sup>677</sup> Art. 62.1.f): “Los actos de las administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos S.S.:..... f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran facultades o derechos cuando *se carezcan de los requisitos esenciales* para su adquisición “

ciese de estos requisitos el acto sería nulo), lo cual hacen surgir nuevas dudas difíciles de trasladar al campo penal.

El debate se profundiza y agudiza -en el campo penal- a tenor de lo estipulado en el art. 11 CP según el cual sólo cabe la forma omisiva por comisión cuando el no actuar y el actuar sean equiparables y se trate de delitos o faltas *de resultado*, aparte de la necesidad de la posición de garante del autor<sup>678</sup>. Por tanto, en principio no cabría tal posibilidad en los delitos de los arts. 320 y 329 CP ya que, como mantiene la mayoría de la doctrina española, nos hallamos ante delitos de mera actividad (de peligro abstracto puro) con ausencia de un mínimo resultado material o típico. VIRTO LARRUSCAIN<sup>679</sup> entiende que no cabe esta forma omisiva respecto a la realización de los tipos mencionados en tanto que no existe una equiparación entre el no actuar (concesión presunta de la licencia) y el actuar (otorgar expresamente la licencia). GARCÍA PÉREZ<sup>680</sup>, aludiendo al art. 320 CP, considera que, aparte del impedimento estipulado en la normativa urbanística estatal<sup>681</sup>, la inactividad del órgano unipersonal o colegiado nunca puede equivaler a conceder licencia, debiendo excluirse esta comisión por omisión respecto al citado delito. Por su parte, según GÓRRIZ ROYO<sup>682</sup> refiriéndose también al art. 320.2 CP, entiende que no cabe responsabilidad penal por silencio administrativo (comisión por omisión) por tres motivos: en primer lugar, por la falta de un resultado, cuya no evitación pueda ser imputada a las autoridades que resuelven; en segundo lugar, por la ausencia de un auténtico deber de ga-

---

<sup>678</sup> En efecto, esta posición de garante se da cuando corresponde al sujeto una específica función de protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de una fuente de peligro, en ciertas condiciones, (cosa que acontece en estas materias relativas a la ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente). Ambas situaciones convierten entonces al autor en “garante” de la indemnidad del bien jurídico correspondiente. Este planteamiento de partida se extendió ampliamente en la doctrina alemana bajo la idea utilizada por Armin Kaufmann de “teoría de las funciones”, que, como se ha dicho, fundamenta la posición de garante en la relación funcional materialmente existente entre el sujeto y el bien jurídico. La teoría de las funciones superó a la anterior doctrina de la “teoría formal del deber jurídico” (defendida en nuestro país entre otros por Jiménez de Asúa y Rodríguez Devesa) que para decidir la existencia de posición de garante había que atender a sus fuentes formales (v.gr. la ley, el contrato y el actuar precedente). Vid. MIR PUIG, *DP PG*, 8ª. ed., pp. 318 y ss.

<sup>679</sup> VIRTO LARRUSCAIN, *ob. ult. cit.*, p. 148; en sentido similar, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal de la Administración urbanística: el art. 320 CP*, AJ nº. 270, 21-11-1996, p. 3.

<sup>680</sup> GARCÍA PÉREZ, *Algunas reflexiones sobre la denominada prevaricación específica del art. 320 CP*, en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*. LH-Cerezo Mir, 2002, p. 1277.

<sup>681</sup> En efecto, el párrafo 3º. del art. 8, 1,b) del reciente Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, aprobatorio del texto refundido de la Ley del Suelo estipula que “*En ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística*”.

<sup>682</sup> GÓRRIZ ROYO, *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., pp. 284-285.



rantía que obligue a dichas autoridades a remediar una situación injusta<sup>683</sup>; y por último, hay que unir la prohibición de entender concedidas por silencio administrativo las licencias *contra legem*; en este sentido la mayoría de las Comunidades Autónomas (que son sobre las que recaen las competencias urbanísticas<sup>684</sup>) deben entender, en base a la norma estatal del RDL 2/2008, de 20 de junio, que no se pueden adquirir licencias por silencio cuando éstas van en contra de la legislación o del planteamiento urbanístico. CONDE-PUMPIDO TOURÓN<sup>685</sup>, respecto al art. 320 CP, plantea aceptar limitadamente esta comisión omisiva a los supuestos en que la autoridad, teniendo pleno conocimiento y conciencia de la rotunda incompatibilidad con el planteamiento de una solicitud de licencia, omite deliberadamente dictar resolución expresa denegatoria, provocando conscientemente su concesión por silencio administrativo. A su vez, MUÑOZ CONDE<sup>686</sup> entiende que con el reconocimiento que hace la Ley de Procedimiento Administrativo de los actos (licencias) presuntos, cabe la eventualidad de un delito de prevaricación por omisión y en consecuencia cabría la responsabilidad funcional en los delitos que analizamos por comisión impropia.

Desde el punto de vista jurisprudencial, se ha venido sosteniendo que por resolución o licencia debe entenderse todo acto administrativo con manifestación de voluntad y contenido decisorio<sup>687</sup>, negándose por ello la mayoría de las veces que el silencio administrativo positivo pueda integrar el concepto de “resolución” a los efectos del delito de prevaricación<sup>688</sup>. Sin embargo este criterio de admitir la comisión por omisión en el delito de prevaricación es cada vez más frecuente por nuestro

---

<sup>683</sup> En el mismo sentido de admitir que los funcionarios no tienen obligación de resolver y por tanto carecen de posición de garantes, MORALES PRATS Y PODRÍGUEZ PUERTA, *Delitos contra la administración pública*, en ComCP, t. III, PE, Dir. Quintero Olivares, 5ª. ed., pp. 532 y ss.

En mi opinión aquí se equivocan estos autores ya que sobre los funcionarios pesa un claro deber de velar y exigir el respeto a la normativa vigente y por tanto a la normativa urbanística, del patrimonio histórico y del medio ambiente.

<sup>684</sup> El reciente RDL 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo (que deroga expresamente la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo y el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, aprobatorio del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana) lo único que hace -siguiendo los criterios de las SSTC 61/1997 y 164/2001- es establecer las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con el suelo en todo el territorio estatal (véase art. 1 del citado Real Decreto Legislativo).

<sup>685</sup> CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Comentarios a los arts. 320, 322 y 329 Cp*, en Código penal. Doctrina y Jurisprudencia, t. II, dir.: Cándido Conde Pumpido Ferro, p. 3206.

<sup>686</sup> MUÑOZ CONDE, *DP PE*, 16ª ed., 2007, p. 961.

<sup>687</sup> Vid. SSTs de 1-7-2008 (EDJ 2008/124079) y 1-12-2008 (EDJ 2008/244001).

<sup>688</sup> Por todas, STS de 16-5-1992 (EDJ 1992/4828 )

TS<sup>689</sup> en los casos especiales en que era imperativo y obligatorio para el funcionario público dictar una resolución y su omisión tiene efectos equivalentes a una denegación o concesión.

Pero sin duda alguna la discusión científica más interesante al respecto se produce entre GONZÁLEZ CUSSAC Y OCTAVIO DE TOLEDO. El primero de ellos<sup>690</sup> entiende que no se puede aceptar que el otorgamiento de las licencias por silencio administrativo positivo pueda integrar el tipo de dichos delitos por los siguientes motivos:

- a) Porque por definición los *actos presuntos* no son auténticos actos administrativos y, por consiguiente, tampoco pueden ser resoluciones. Y justamente la institución del silencio administrativo positivo responde a la categoría de los actos presuntos, y en este sentido no son sino una ficción jurídica. Así, se presume que hay un acto pero en realidad no lo hay. Esta idea se reafirma desde el mismo instante en que el art. 42.1 de la Ley 30/1992, de RJAP, siempre y en todo caso, obliga a la Administración a resolver expresamente, o sea, a dictar una resolución. Y esta obligación constata que el verdadero fundamento y función del silencio administrativo positivo no es otro que consagrar la seguridad jurídica e impedir, al mismo tiempo, la indefensión del administrado, abriéndole las puertas de la impugnación cuando la Administración permanece inactiva. Pero el silencio, y esto es lo fundamental, nunca suple al acto expreso o tácito.
- b) Esta obligación de resolver siempre expresamente, acentúa la efímera eficacia del silencio, ya que nunca llega a suplir al acto administrativo. Esta situación nos aboca a problemas muy complejos en el ámbito penal. Por ejemplo, si la resolución expresa se dicta después de haberse apreciado delito por la vía del silencio, y aquélla viene a revocar los efectos que había producido éste, debemos interrogarnos cómo puede entonces calificarse la conducta de arbitraria e injusta, si además y por añadidura, nunca ha existido. Por otra parte parece muy complejo poder afirmar la arbitrariedad de un acto presunto, de algo que nunca se ha dictado, de un mero silencio. Y repárese además que uno de los parámetros fundamentales para medir la arbitrariedad es la ausencia de motivación, o la compe-

---

<sup>689</sup> Vid. SSTs de 27-12-1995 (EDJ 1995/7449), 18-10-2006 (EDJ 2006/319071) y 13-3-2009 (EDJ 2009/50772).

<sup>690</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, *La nueva regulación de los delitos de los Funcionarios en el CP de 1995: la prevaricación*, CDJ nº. XXX, 1996, págs. 40 y ss.

tencia del órgano que debería haberlo dictado, la autoría y participación, el error, etc.

- c) Desde el punto de vista sistemático, cuando el legislador ha querido castigar conductas omisivas funcionariales lo ha hecho expresamente (piénsese p.ej. en los arts. 448 y 449 CP sobre prevaricaciones judiciales), y en el presente caso al no haber tipificado expresamente las concesiones tácitas de licencias en los nº. 2 de los arts. 320, 322 y 329 CP, debe suponerse que ha quedado excluido.
- d) Por último, repárese que aunque el silencio positivo posea cierta eficacia temporal y provisional, ello no resulta suficiente para afirmar su naturaleza de resolución. Porque también, y por citar sólo un ejemplo, las vías de hecho poseen ciertos efectos, y no por ello decimos que son o declaran lo que es Derecho. Un acto presunto no parece ser en ningún caso la expresión de la voluntad de la Administración.

En conclusión, GONZÁLEZ CUSSAC entiende que no parece conveniente estirar tanto la tipicidad de estos delitos analizados, ni tampoco resulta necesario, pues existen otras vías para corregir los posibles abusos cometidos en el ámbito del silencio administrativo por parte de autoridades y funcionarios públicos. Algunos de ellos pueden tener hoy perfecta cabida en diferentes artículos (p.ej. arts. 408, 409 y 412 CP). En ellos son donde se castigan los comportamientos omisivos que pueden considerarse más graves e intolerables y que merecen y necesitan la intervención punitiva<sup>691</sup>.

---

<sup>691</sup> En una línea parecida a GONZÁLEZ CUSSAC, se halla GUIASOLA LERMA, en *Delitos contra el Patrimonio Cultural*, cit., pp. 570-574, para quien el silencio administrativo no puede integrar el tipo del art. 322 CP, ya que el silencio es una categoría de los actos presuntos, esto es, supone una ficción jurídica, una ficción de resolución, que no supe al acto expreso o tácito. Parece inadmisibile en el ordenamiento penal configurar un injusto penal sobre la base de una ficción, máxime si pensamos en lo dificultoso, por no decir imposible, que supone apreciar la injusticia de una conducta que realmente nunca se ha llevado a cabo. Sin embargo, esta autora se refiere a la peculiaridad que supone el silencio administrativo positivo en la temática del Patrimonio Histórico. En efecto, en la autorización de la “Administración Cultural” para realizar actuaciones sobre los edificios protegidos, el silencio opera, con carácter general, de manera diferente a como lo hace en materia de licencias municipales (que debe entenderse positivo). Habida cuenta de que el silencio administrativo queda reducido a los **supuestos expresamente previstos** y ante la ausencia de previsión de la LPHE, las autorizaciones provenientes de los órganos que tengan atribuida la competencia sobre los bienes históricos quedaban al margen del instituto del silencio. Sin embargo la situación puede cambiar en aquellas Comunidades Autónomas que hayan asumido competencia en materia de Patrimonio Histórico (que son casi todas): así por ejemplo, en el art. 35.1 de la Ley de Patrimonio Cultural Valenciano se afirma “.....se entenderá concedida una licencia una vez hayan transcurrido 3 meses desde que se solicitó sin que hubiera recaído resolución”.

GUIASOLA LERMA también significa, en ob.ult. cit., pp. 570-574, que el silencio positivo en materia de licencias urbanísticas relacionadas con edificios protegidos debe tender siempre a situaciones en que la acción pretendida sea conforme a la legislación vigente.

En cambio OCTAVIO DE TOLEDO, partiendo de la idea de que la concesión de la licencia injusta tiene la condición de resultado típico de la prevaricación funcional<sup>692</sup>, considera los supuestos de silencio administrativo positivo como forma de comisión omisiva. Por tanto, las licencias ilegales presuntas son típicas en relación con los apartados dos de los artículos analizados, siempre y cuando el silencio (inactividad) sea doloso, en el sentido de que el funcionario público conozca el asunto, quiera conducirlo a través de esa licencia tácita y sepa que la misma será arbitraria, además de que con ello producirá un riesgo para el ámbito que se pretende proteger. Este autor llega a esta conclusión tomando precisamente en consideración lo dispuesto en el art. 11 CP y lo que establece la legislación administrativa respecto a la concurrencia de resoluciones presuntas en casos de silencio, el deber de resolver que impone la legislación y las llamadas de atención hacia la responsabilidad de los funcionarios omitentes que también realiza la normativa<sup>693</sup>.

---

<sup>692</sup> En efecto, para OCTAVIO DE TOLEDO, en *El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el CP*, LL 1996-5, p. 1519, la “resolución” (dictada) en el art. 404 CP supone lo que es y constituye el resultado típico. Por tanto, el delito de prevaricación común deberá considerarse como delito *de resultado* y no de mera actividad como es el parecer mayoritario de la doctrina española. Esto por lo siguiente:

1. La posibilidad de distinguir, conceptual y fácticamente, la conducta (dictar) dirigida a conformar la ulterior declaración de voluntad y la emergencia e ingreso en el tráfico jurídico de esa declaración de voluntad (resolución) así lo denota. El hecho de que en muchos casos la conducta y el resultado se superpongan significa tan solo que, al igual que sucede en otros delitos de resultado, en esos casos disminuyen o desaparecen las posibilidades de apreciar tentativa; no significa que en otros casos tales posibilidades no existan.

2. Por el hecho de que existan casos calificables conforme a la primera hipótesis de tentativa acabada (antigua frustración): vg. por causas independientes a la voluntad del funcionario la resolución no llega a notificarse al destinatario o no llega a aparecer en el Boletín Oficial o cuando la concesión de una licencia arbitraria administrativa es alterada el sentido de tal “injusticia” por una errata de transcripción.

3. Por la existencia de poder surgir problemas causales, tales como la interrupción del nexo causal que supondría la avocación por el órgano delegante, a efectos de notificación o publicación, de la decisión arbitraria ya adoptada por el órgano delegado; éste respondería solo por tentativa completa y aquél por la consumación del delito.

<sup>693</sup> OCTAVIO DE TOLEDO critica expresamente el posicionamiento de González Cussac respecto a las afirmaciones de éste sobre la condición de ficción jurídica del instituto del silencio positivo y de que cuando el legislador ha querido castigar conductas omisivas funcionariales lo ha hecho expresamente. Así, este autor, en *ob. ult. cit.*, p. 1520, afirma:

1. Que si bien el Derecho penal debe procurar alejarse de las presunciones o ficciones jurídicas en el establecimiento de los ilícitos delictivos, no puede permanecer aislado del resto del ordenamiento jurídico en el que sí se recogen: así la presunción de filiación de los arts. 116 y 117 del CC fundará la obligación de velar por los hijos menores a los que se refiere el art. 110 del mismo texto legal que, a su vez, determinará la aplicabilidad del art. 11 a) en relación con el art. 138, ambos del CP en supuestos de comisión por omisión de homicidio de un hijo por su padre.

2. Que decir respecto a la posible tipicidad de ese comportamiento comisivo-omisivo que, en el ámbito de los delitos contra las funciones públicas, cuando el legislador ha querido castigar conductas omisivas, lo hace expresamente, y poner como ejemplo de ello la omisión de perseguir y castigar delitos (art. 408 CP), es ignorar las diferencias entre la omisión propia de la impropia, frente a lo que, desde diferentes posturas, sostiene la doctrina.

Respecto a esta cuestión considero que no se puede estar de acuerdo con la afirmación de que el silencio positivo constituya una ficción jurídica, ya que con tal institución se podrían generar, en determinados casos, auténticos derechos adquiridos para los administrados; y desde luego una licencia adquirida por silencio positivo, en los casos en que sea viable, podría producir los mismos efectos que la licencia otorgada por escrito. También es problemática la afirmación de Cussac según la cual no cabe esta forma omisiva entre otras cosas porque la Administración está siempre e imperativamente obligada a resolver. El que exista esta obligación en modo alguno implica que no se pueda conseguir esas licencias por silencio administrativo positivo, máxime cuanto éste, está implícitamente regulado en determinados casos por el Derecho administrativo, de tal forma que es entendible que este silencio puede llegar a ser otra forma más de resolver en sí mismo.

En mi opinión cabe destacar que el problema de la aceptación de las formas omisivas en estos delitos analizados requiere de una indagación que se traslada a las posibilidades jurídicas de que una licencia pueda obtenerse por la vía tácita (silencio positivo). La cuestión está, además de saber si cabe o no la comisión por omisión, en analizar si el comportamiento de conceder la licencia admite o no -según las normativas estatal y autonómica- la formula del silencio administrativo positivo.

En relación al art. 320.2 CP, lo primero que habrá de tenerse en cuenta es la exclusión de la concesión de las licencias a través del silencio administrativo positivo cuando suponga contradecir la normativa urbanística o de ordenación territorial, pues así lo dispone el artículo 8, 1, b) párrafo tercero del RD Legislativo 2/2008, de 20 de junio, antes indicado. Sin embargo el problema puede surgir por el hecho de que, al tener las Comunidades Autónomas competencias urbanísticas plenas, hubiesen previsto en la normativa autonómica relativa al urbanismo la concesión de autorizaciones a través de actos presuntos incluso *contra legem*<sup>694</sup>. En este caso, desde luego, las Comunidades Autónomas deberán tener en cuenta el nuevo Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008 y, en su caso, modificar sus normativas en el

---

3. Asimismo revela ausencia de indagación -por parte de González Cussac- de lo que realmente acontece en la Administración pública apelar a la posibilidad de una ulterior y obligada resolución expresa.....que en muchos casos nunca llega a producirse, siendo en definitiva los efectos (también para terceros ) de la resolución presunta los que perviven y permanecen.

<sup>694</sup> A modo de ejemplo habrá que referirse al anteriormente citado art. 35.1 de la Ley de Patrimonio Cultural Valenciano según el cual “....se entenderá concedida una licencia una vez hayan transcurrido 3 meses desde que se solicitó sin que hubiera recaído resolución “.

sentido de impedir el otorgamiento de licencias por silencio administrativo que se opongan a la normativa del suelo.

En cuanto al art. 329.2 CP parece quedar zanjada y resuelta esta cuestión a través del art. 21 de la Ley 16/02, de 1 de julio, sobre prevención y control integrados de la contaminación, aplicable a todo el Estado como legislación básica. Según esta norma no cabe otorgar la “licencia ambiental integrada” por silencio positivo en tanto que si no se notifica resolución expresa transcurridos 10 meses, “podrá entenderse” desestimada la solicitud de la licencia presentada<sup>695</sup>. Por tanto, la licencia a la que se refiere el art. 329.2 CP no podrá ser la conseguida positivamente por el particular por la inactividad o dejadez de la Administración. Si existe tal apatía administrativa, la licencia ambiental solicitada debe entenderse desestimada.

## **6. La referencia a la prevaricación común (art. 404 CP).**

Los delitos estudiados en este trabajo vienen a incluir expresamente tanto en su apartado uno como en el dos (por referencia al primero) una mención al art. 404 CP, que tipifica el delito de prevaricación administrativa (común). Esta alusión va dirigida a que a los autores de estos delitos funcionariales se les aplicará una pena específica de prisión o multa (que variará bien se trate de los arts. 320/322 CP ó bien del art. 329 CP), además de la indicada para el delito de prevaricación común. Como se pudo comprobar, al analizar la elaboración de estos tipos penales, tanto en los primeros proyectos de NCP (pensemos en el del año 1.980) como en el propio Proyecto de Ley Orgánica del CP de 1.994, debatido en el Parlamento y que dio pie al vigente texto punitivo, ya se penalizaba doblemente estas conductas funcionariales injustas: por un lado con la misma pena de prisión y multa, y por otro con una inhabilitación especial expresa, pero sin mención alguna al tipo del art. 404 CP.

La mención concreta durante la tramitación parlamentaria de este tipo común (art. 404 CP) en estos delitos específicos de autoridades y funcionarios públicos, ha producido también un intenso debate doctrinal. En efecto, si desde los primeros an-

---

<sup>695</sup> Desde luego es sumamente criticable el que la norma utilice la formula “podrá entenderse” (se puede deducir cierto carácter potestativo) en vez de “se entenderá” según se hace en el art. 25.3 de la misma Ley respecto al silencio positivo tendente a la renovación de la licencia ambiental integrada.

teproyectos y proyectos de Código penal se detallaba como segunda pena cumulativa a este tipo de comportamientos desvalorados *la inhabilitación especial*, al haberse producido el cambio mediante la alusión expresa al art. 404 CP, posiblemente un “algo diferente” podría estar queriendo decir el legislador con esta introducción que la de un simple cambio de redacción en los tipos penales.

Sobre esta cuestión, son esencialmente dos los posicionamientos actualmente existentes por la doctrina penal española. Por un lado, los que entienden que la alusión al art. 404 CP en estos tipos especiales incide aún más en considerarlos como auténticas “prevaricaciones”, eso sí específicas, en cuanto se refieren a materias como ordenación del territorio, patrimonio histórico y ambiente. Y por otro, los que entienden que la referencia a la prevaricación común hay que considerarla no como naturaleza de la infracción sino tan sólo como pura referencia a los efectos de determinación de la pena.

### 6.1 La tesis de la “prevaricación específica”. El concepto de prevaricación.

Según la doctrina dominante<sup>696</sup> la remisión que se hace en los artículos 320, 322 y 329 CP al art. 404 del mismo texto no debe ser entendida a los meros efectos de determinar la pena, sino que resulta indicativa de la naturaleza de la infracción mis-

---

<sup>696</sup> Entre otros, BOIX REIG, *Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente*, en DP PE, coord. Vives Antón, 2ª, ed. 1996, p. 591; BOIX REIG/JAREÑO LEAL, *De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, en ComCP de 1995, vol. II, coord. Vives Antón, p. 1605; LÓPEZ CERÓN, *Delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente, la flora y la fauna*, en el NCP y su aplicación a empresas y profesionales, cit., p. 623; HERNÁNDEZ ALONSO, *Prevaricación específica de funcionario público en el área medioambiental*, APen nº. 9, 1999. t. I, p. 179; PRATS CANUT, *Actuación incorrecta del funcionario público y responsabilidad en el ámbito de los delitos contra la administración pública*, en Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, cit., pp. 123-125; RODRÍGUEZ RAMOS, *La nueva protección penal del ambiente*, en Temas de legislación, gestión y derecho ambiental, cit., 1997, p. 209; VERCHER NOGUERA, *Delitos contra el patrimonio histórico*, en el NCP y su aplicación a empresas y profesionales, cit., 1996, p. 579; BARRIENTOS PACHO, *Delitos relativos a la ordenación del territorio*, LL 1996-6, p. 1560; CASTRO BOBILLO, *Los delitos contra la ordenación del territorio*, APen 1997-1, p. 415; MARTÍNEZ ARRIETA, *Delito urbanístico*, CDJ, II, 1997, p. 186; MORALES PRATS/TAMARLT SUMALLA, *De los delitos sobre la ordenación del territorio*, en comentarios a la PE DP, dir. Quintero Olivares, coord. Valle Muñiz, 1996, p. 853; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal de la administración urbanística: el art. 320 CP*, AJ nº. 270, 21-11-1996, p. 1; SALINERO ALONSO, *La protección del patrimonio histórico en el CP de 1995*, cit., p. 312.



ma. La citada alusión reconduce estos tipos penales a la estructura de la prevaricación genérica, o lo que es lo mismo, los prejuza. Por tanto, según estos autores los preceptos de los arts. 320, 322 y 329 CP han de ser vistos como unas formas de prevaricaciones específicas y agravadas puesto que:

- a. Son delitos especiales propios en el sentido de que sólo los funcionarios públicos, entre los que se incluyen las autoridades, pueden ser sujetos activos de los mismos.
- b. Reúnen esencialmente los tres requeridos exigidos en la prevaricación común: 1) la existencia de “resolución” como acto administrativo con manifestación de voluntad y contenido decisorio; 2) el carácter de injusticia y arbitrariedad, patente, notoria e incuestionable de la licencia en el sentido de contrariedad al ordenamiento jurídico; y 3) que la misma resolución/licencia no recae ni en asunto jurisdiccional ni legislativo, sino precisamente en asunto administrativo.
- c. Se precisa el ejercicio del cargo en la realización de estos delitos, teniendo que haber una relación entre la función pública y la conducta realizada, que ha de suponer abuso de poder<sup>697</sup>.
- d. En los comportamientos injustos y desvalorizados de los tipos analizados, no se respetan los principios básicos de la Administración pública, cumplimentándose el núcleo esencial de la prevaricación, que es la aplicación torcida del Derecho<sup>698</sup>.

Precisamente por todo esto, algún autor<sup>699</sup> representativo de este sector doctrinal mayoritario, se ha planteado si tiene sentido seguir manteniendo el delito de prevaricación común cuando se puede recurrir a una tipificación expresa de delitos de prevaricación en relación a concretas actividades administrativas (v.gr. patrimonio histórico, ordenación del territorio, ambiente).

---

<sup>697</sup> GÓMEZ TOMILLO, *Urbanismo, función pública y Derecho penal*, cit., p. 42.

<sup>698</sup> JUANES PECES, *La prevaricación de Alcaldes: estudio sistemático del NCP sobre esta materia*, AJ nº. 279, 30-1-1997, pp. 1-2.

<sup>699</sup> PRATS CANUT, *Actuación incorrecta del funcionario público y responsabilidad en el ámbito de los delitos contra la Administración pública*, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, cit., 1998, p. 118.



## 6.2 Referencia a los efectos de determinación de la pena.

Este posicionamiento, que en un principio fue minoritario, aunque cada vez va cogiendo mas fuerza<sup>700</sup>, mantiene que dogmáticamente los arts. 320, 322 y 329 CP no son prevaricaciones específicas en su conjunto, sino que son delitos distintos en cuanto que la estructura típica es diversa. Según ACALE SÁNCHEZ<sup>701</sup> estos tipos vienen a solucionar *ex lege* el problema que suscita la pluralidad de sujetos intervinientes en estos delitos y de bienes jurídicos afectados por los mismos mediante una serie de conductas típicas (informar, votar o resolver), cuyas estructuras típicas no son coincidentes con la del art. 404 CP.

En general, se mantiene que no se está ante una prevaricación puesto que ésta requiere que se dicte una resolución (o licencia, en el presente caso que nos interesa): es decir, que se dicte un acto administrativo que comporta una declaración de voluntad de la autoridad, de contenido decisorio, y que afecta a la órbita de los derechos de los administrados. Sin embargo, esto no acontece en los arts. 320.1, 322.1 y 329.1 CP donde no se precisa una resolución, sino que lo exigido es un *informe a favor* previo, estando aquí precisamente la necesidad de estas tipificaciones específicas puesto que de no ser así habrían quedado impunes este tipo de conductas infor-

---

<sup>700</sup> Entre los autores que consideran que la mención del art. 404 CP en los arts. 320, 322 y 329 CP tiene como finalidad la delimitación de la pena, citaremos a: TERRADILLOS BASOCO, *La responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente*, EPC t. XX, 1997, p. 328; RODRÍGUEZ PUERTA/VILLACAMPA ESTIARTE, *La responsabilidad penal del funcionario público en materia urbanística*, en Nuevo Derecho penal español, 2001, p. 1753; MATELLANES RODRÍGUEZ, *Medio ambiente y funcionarios públicos*, cit., pp. 311-312 y 319-322; GÓMEZ TOMILLO, *Urbanismo, función pública y Derecho penal*, cit., pág. 230; DE LA MATA BARRANCO, *Art. 320.1: prevaricación específica en el caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas*, en Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, cit., 1998, p. 169; CARMONA SALGADO, *Consideraciones críticas en torno a algunos delitos urbanísticos*, en La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. LH-Cerezo Mir, 2002, p. 1213; GÓMEZ RIVERO, *Algunos aspectos de la responsabilidad de los funcionarios en materia ambiental*, LL 1996-4, p. 1239; ACALE SÁNCHEZ, *La responsabilidad del funcionario público y de la autoridad en el Tit. XVI del CP*, RPJ nº. 47, 1997, p. 123; GARCÍA PÉREZ, *Algunas reflexiones sobre la denominada prevaricación específica del art. 320 CP*, en La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. LH-Cerezo Mir, p. 1267; CANCIO MELIÁ, *La responsabilidad del funcionario por delitos contra el medio ambiente en el CP español*, ADPCP t. LII, 1999, p. 151.

<sup>701</sup> ACALE SANCHEZ, *ob. ult. cit.*, p. 123.

mantes<sup>702</sup>. Por tanto, se puede afirmar que la remisión al art. 404 CP sólo puede haber quedado reflejada a los efectos de determinarse la pena.

Ahora bien, dentro de esta corriente también se viene manifestando que la citada referencia es disfuncional, produciendo un efecto negativo<sup>703</sup> y creando tan sólo confusión en cuanto a su interpretación. Considero que hubiera sido mucho más acertado que el legislador hubiera especificado o asignado -como se hacía en los primeros proyectos de ley- la pena cumulativa de inhabilitación especial en la extensión correspondiente, al margen de la prevaricación común, para evitar las mencionadas dificultades<sup>704</sup>.

Desde este punto de vista, creo que con la referencia que se hace al art. 404 CP en los artículos analizados, el legislador no está declarando que las conductas sean ya, de por sí, equiparables al art. 404 CP, sino que tan sólo se le asigna la misma penalidad que a la prevaricación común (aparte de la de prisión o multa), esto sin perjuicio de reiterar que, al menos en los primeros supuestos de estos delitos *ambientales*, no concurre realmente una prevaricación, pues con los informes a favor aún no se ha “dictado la licencia”, condición *sine quam non* para su existencia<sup>705</sup>.

### **6.3 Toma de postura respecto a la referencia del art. 404 CP en los delitos de los arts. 320, 322 y 329 CP.**

Indudablemente es cierto que entre los delitos *ambientales* analizados y la prevaricación administrativa común hay una serie de aspectos similares, tal y como pueden ser la identidad de sujetos activos, la exigencia de la “injusticia” (en un sentido de y/o arbitrariedad), su única admisión de modalidad dolosa etc. Pero no es menos cierto que diferencias un tanto sustanciales también subyacen en los mismos. De esta forma puede comprobarse que en un buen número de las conductas indicadas en los

---

<sup>702</sup> Como afirman RODRÍGUEZ PUERTA/VILLACAMPA ESTIARTE, *ob. ult. cit.*, p. 1753, en los arts. 320, 322 y 329 CP se sancionan conductas que estarían absolutamente al margen del delito de prevaricación del 404 CP.

<sup>703</sup> Por todos, MATELLANES RODRÍGUEZ, *ob. ult. cit.*, p. 322.

<sup>704</sup> GÓMEZ TOMILLO, *ob. ult. cit.*, p. 230.

<sup>705</sup> GÓMEZ RIVERO, *ob. ult. cit.*, p. 1239.

arts. 320, 322 y 329 CP no se precisa la exigencia de una licencia injusta como resolución; igualmente estos delitos denotan un claro carácter pluriofensivo<sup>706</sup>.

Por ello no se puede estar de acuerdo con JUANES PECES<sup>707</sup> cuando manifiesta que el art. 320 CP consagra una conducta idéntica a la del art. 404 del mismo texto punitivo, pero referida al caso urbanístico. Ni tampoco con MARTÍNEZ ARRIETA<sup>708</sup> cuando, refiriéndose también al art. 320 CP, afirma que nos encontramos con una prevaricación especial por razón de la materia, como es la normativa urbanística, aunque con una serie de diferencias: mientras que en la prevaricación urbanística el contenido de la conducta consiste en informar o resolver favorablemente "a sabiendas de su injusticia" la concesión de una licencia, en la prevaricación común la conducta iría dirigida exclusivamente a la emisión de la licencia misma. En ambas prevaricaciones, según dicho autor, el contenido de la acción es similar pues *se fundamenta en la arbitrariedad* como forma de injusticia. Equipara a efectos prevaricadores -de manera equivocada en mi opinión- dos conductas bien distintas: la informante con la resolutoria.

Considero también que estos tres tipos funcionariales específicos tienen un claro sentido autónomo<sup>709</sup> respecto al art. 404 CP, entre otras cosas porque las conductas informantes plasmadas en ellos no pueden ser entendidas técnicamente como prevaricaciones.

Ahora bien, el análisis de la supuesta naturaleza de estos delitos como prevaricaciones específicas sólo cabe realizarse adecuadamente diferenciando muy claramente el contenido de sus apartados 1 y 2. Los apartados primero (conductas informantes a favor y, en su caso, el silenciamiento al que específicamente se refiere el art. 329 CP) no pueden concebirse como conductas prevaricadoras, ya que el informe no es una resolución administrativa al no concurrir una declaración de voluntad definitiva, sino tan solo un juicio de valor. En los supuestos de los informes a favor se estaría en un estadio previo -y necesario- al del momento resolutivo-prevaricador. Por tanto, hay que negar que la emisión de informes injustos favorables constituya

---

<sup>706</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, *Los delitos relacionados con la emisión de informes y la tramitación de expedientes*, Revista Aragonesa de Administración Pública, dic. 1997, p. 474.

<sup>707</sup> JUANES PECES, *La prevaricación de Alcaldes: estudio sistemático del NCP sobre esta materia*, AJ, nº. 279, 30 de enero 1997, pp. 1 y 2.

<sup>708</sup> MARTÍNEZ ARRIETA, *Delito Urbanístico*, en Empresa y delito en el NCP, CDJ nº. II, 1997, p. 183.

<sup>709</sup> Vid. VIRTO LARRUSCAIN, *El delito de prevaricación del funcionario público*, En Delitos contra la Administración pública, cit., 1997, p. 133.

una prevaricación administrativa: todo lo más será, como afirma MATELLANES RODRÍGUEZ<sup>710</sup>, una forma de participación en la prevaricación. Asimismo habrá que rechazar la calificación de prevaricación a la específica conducta del silenciamiento tipificada en el art. 329.1 CP, puesto que de la misma no se deriva que el funcionario público tenga la obligación de dictar resolución alguna, ni tan siquiera informarla, independientemente de la indiscutible reprochabilidad y desvaloración que conlleva su conducta.

Bien distinto es el criterio que hay que utilizar respecto a los apartados segundo de los tipos estudiados. Aquí parece que únicamente la conducta de “resolver por sí mismo la concesión de la licencia injusta” podría tener el carácter de prevaricación administrativa. En efecto, si como se ha afirmado “informar” no puede equiparse a “resolver o conceder”, también podría deducirse que “resolver” no es “votar”. Si se siguiera tal paralelismo, en la conducta de *votar a favor* lo único que habría sería una participación en la prevaricación cometida por quien formalmente emite con su firma la concesión de la licencia injusta (posiblemente el presidente del órgano colegiado). Y desde luego este resultado, en mi opinión, no es deseable. Habrá que entender que “los que votan a favor” adoptan conjuntamente una resolución (licencia) injusta mediante la emisión de sus votos, siempre y cuando que por el sistema de mayorías finalmente se adoptase, lo cual equivale a decir que en estos casos lo que acontece, por la propia naturaleza de la actuación, es una coautoría, a la que expresamente alude el art. 28 CP cuando califica de autores a quienes realizan el hecho conjuntamente. En definitiva, esta conducta de votar a favor da lugar a una prevaricación realizada por los miembros del órgano colegiado a título de coautoría<sup>711</sup>, siempre que la licencia ilegal/injusta finalmente se otorgase.

Por el contrario, no constituiría una conducta prevaricadora el voto a favor de la concesión de la licencia ilegal del funcionario público cuando su voto quedase en minoría en la votación pertinente (denegándose la licencia ilegal), dada la inexistencia de *resolución injusta*. Por tanto, sí que cabría determinar las conductas de los

---

<sup>710</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, *Medio Ambiente y funcionarios públicos*, cit., p. 321.

<sup>711</sup> En la coautoría concurriría el doble requisito exigido por la doctrina: 1) la previa división de tareas mediante el mutuo acuerdo, pues tal división es consustancial al funcionamiento de estos sujetos pluripersonales; y 2) la contribución esencial al hecho en fase ejecutiva, pues si se elimina el procedimiento de emisión de votos, desaparece y decae la posibilidad de obtener la licencia ilegal. Vid. MIR PUIG, *DP PG*, 8ª. ed., 2008, pp. 395-399.

arts. 320.2 y 329.2 CP como conductas prevaricadoras, siempre que la licencia ilegal termine finalmente por concederse.

En cualquier caso hay que incidir que el carácter de “prevaricación o no” de las conductas tipificadas en estos delitos no debe deducirse de la alusión o referencia que en los mismos se hace al art. 404 CP, sino que habrá de deducirse -según se ha realizado- del estudio pormenorizado de las características de cada una de las conductas reflejadas en cada uno de los artículos 320, 322 y 329 CP. Esta alusión o re- envío al delito de prevaricación común ha sido posiblemente un claro error del legislador, por la profunda confusión que ha acarreado, y por no existir la más mínima razón de técnica legislativa para obrar de este modo.

La mención al art. 404 CP en estos delitos *ambientales* de funcionarios sólo puede expresar la asignación de la misma penalidad que la asignada a la prevaricación administrativa, aparte de la pena cumulativa de prisión o multa. En mi opinión hubiera sido mucho más acertado el mantenimiento de una pena específica de inhabilitación especial según se detallaba en los primeros proyectos o anteproyectos de Leyes Orgánicas de CP debatidos, a los que se hizo referencia en otros de los epígrafes de este trabajo<sup>712</sup>.

## **7. La problemática de las conductas funcionariales omisivas en las materias delictivas objeto de estudio.**

En un epígrafe anterior ya se hizo referencia a algún tipo de omisiones funcionariales; concretamente se aludía a aquellas conscientes por parte de funcionarios públicos que tendían -en los casos en los que cupiese- a “conceder” las licencias a través de la institución del silencio administrativo positivo. Sin embargo, en este apartado se deberá hacer mención a otro tipo de conductas pasivas de los empleados públicos que van dirigidas bien a tener por emitido un informe que no se ha hecho (pese a que se debería haber hecho) bien a conductas de permisividad u ocultación

---

<sup>712</sup> Vid. §.5, apartado I.B.

por parte de dichos funcionarios, los cuales muy bien conocen que afectan o ponen en grave riesgo aspectos o intereses tan vitales como son el medio ambiente, el patrimonio histórico o la ordenación territorial. Obviamente esta cuestión no puede ser tratada con la profundidad que requeriría, puesto que excedería con mucho la adecuada extensión de este trabajo, pero desde luego la cuestión es lo sumamente seria y trascendente como para hacer mención a ella. A estos efectos basta con recordar, por ejemplo, lo que reflejó el Informe del Defensor del Pueblo de Andalucía del Año 2000 referido a “Las urbanizaciones ilegales en Andalucía“. Este informe insistía que un 62% de los municipios andaluces, cuando han tenido conocimiento de hechos que podían ser delictivos respecto a la ordenación del territorio, los han puesto en conocimiento de la autoridad competente. Sin embargo, un 38% de los mismos no han denunciado las posibles ilegalidades penales que se han podido cometer en la materia<sup>713</sup>.

Si bien es cierto que el art. 10 CP, al definir el delito, indica que éste puede consistir tanto en acciones como en omisiones, cuando se observan estas últimas (omisiones) y se lee el contenido del art. 11 del mismo texto punitivo (comisión por omisión), se comprueba que confluyen una serie enorme de problemas, especialmente por la falta de equiparación entre ambos tipos de comportamientos. Por ello al tratar esta cuestión en los delitos funcionariales específicos que nos atañen, el debate doctrinal es sumamente abundante.

Siguiendo la estructura de los arts. 320, 322 y 329 CP, en los que se distinguen dos conductas bien diferenciadas, como son informar (a favor) y permitir actividades mediante la concesión de licencias injustas (ambientales, urbanísticas etc.), es sumamente conveniente desdoblar las posibilidades omisivas de los funcionarios en dos apartados diferentes: el primero referido a la omisión de informes y las consecuencias que ello puede producir; y el segundo relativo a la omisión funcionarial injusta de determinadas conductas que le obligan y que acarrearán riesgos para las materias tantas veces aludidas a lo largo de la tesis (casos de permisividad funcionarial).

---

<sup>713</sup> Vid. Defensor del Pueblo Andaluz “Las urbanizaciones ilegales en Andalucía“. Informe Especial al Parlamento de Andalucía “. Julio de 2000, p. 76.

## 7.1 En cuanto a la emisión de informes injustos por omisión: alcance del artículo 9 n°. 1.3°. del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales (RSCL).

En relación con la problemática de los informes no se puede obviar que nuestro derecho prevé la posibilidad de su emisión a través de conductas omisivas. Concretamente así queda estipulado en el art. 9 del RSCL<sup>714</sup> aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 y modificada por ley 40/81 de 28 de octubre. Este precepto se refiere al procedimiento tendente a la concesión de licencias para actividades como las personales, parcelaciones en sectores para los que exista aprobado plan de urbanismo, obras e instalaciones industriales menores, apertura de pequeños establecimientos, nuevas construcciones o reformas de edificios e industrias, apertura de mataderos,

---

<sup>714</sup> Art. 9 RSCL: 1. Las solicitudes de licencias se resolverán con arreglo al siguiente procedimiento, cuando no exista otro especialmente ordenado por disposición de superior o igual jerarquía:

- 1) Se presentaran en el registro general de la Corporación, y si se refieren a ejecución de obras o instalaciones, deberá acompañarse proyecto técnico con ejemplares para cada uno de los organismos que hubieren de informar la petición.
- 2) En el plazo de los cinco días siguientes a la fecha del registro se remitirán los duplicados a cada uno de los aludidos organismos.
- 3) Los informes de estos deberán remitirse a la Corporación diez días antes, al menos, de la fecha en que terminen los plazos indicados en el número 5, transcurridos los cuales se entenderán informadas favorablemente las solicitudes.
- 4) Si resultaren deficiencias subsanables, se notificaran al peticionario antes de expirar el plazo a que se refiere el número 5 para que dentro de los quince días pueda subsanarlas.
- 5) Las licencias para el ejercicio de actividades personales, parcelaciones en sectores para los que exista aprobado plan de urbanismo, obras e instalaciones industriales menores y apertura de pequeños establecimientos habrán de otorgarse o denegarse en el plazo de un mes, y las de nueva construcción o reforma de edificios e industrias, apertura de mataderos, mercados particulares y, en general, grandes establecimientos, en el de dos, a contar de la fecha en que la solicitud hubiere ingresado en el registro general.
- 6) El cómputo de estos plazos quedará suspendido durante los quince días que señala el número 4, contados a partir de la notificación de la deficiencia.
- 7) Si transcurrieran los plazos señalados en el número 5, con la prórroga del periodo de subsanación de deficiencias, en su caso, sin que se hubiere notificado resolución expresa.
  - a) El peticionario de licencia de parcelación, en el supuesto expresado, construcción de inmuebles o modificación de la estructura de los mismos, implantación de nuevas industrias o reformas mayores de las existentes, podrá acudir a la comisión provincial de urbanismo, donde existiere constituida, o, en su defecto, a la comisión provincial de servicios técnicos, y si en el plazo de un mes no se notificare al interesado acuerdo expreso, quedara otorgada la licencia por silencio administrativo.
  - b) Si la licencia solicitada se refiere a actividades en la vía publica o en bienes de dominio publico o patrimoniales, se entenderá denegada por silencio administrativo, y
  - c) Si la licencia instada se refiere a obras o instalaciones menores, apertura de toda clase de establecimientos y, en general, a cualquier otro objeto no comprendido en los dos apartados precedentes, se entenderá otorgada por silencio administrativo.
2. Las Corporaciones Locales podrán reducir en cuanto a ellas afecte los plazos señalados en el párrafo anterior.
3. Los documentos en que se formalicen las licencias y sus posibles transmisiones serán expedidas por el secretario de la Corporación.

mercados particulares y, en general, grandes establecimientos. Por ello, el ámbito de aplicabilidad de este procedimiento puede afectar teóricamente -y sin perjuicio de lo estipulado tanto en la legislación autonómica, como en la Ley 16/2002, de 1 de julio, sobre prevención y control integrados de la contaminación- a las materias de la ordenación del territorio y medio ambiente o del patrimonio cultural (en cuanto alude a la “reforma de edificios”).

Para ROMÁN GARCÍA<sup>715</sup> la conducta típica de “emisión de informes a favor injustos” puede cometerse tanto por acción (informando favorablemente un proyecto a sabiendas de que es contrario a la legalidad urbanística) como por comisión por omisión (dejándose de informar ese proyecto con consciencia de que infringe la normativa urbanística y teniendo en cuenta lo regulado en el citado art. 9-3 del RSCL). En este último caso, eso sí, el dolo del sujeto funcional ha de abarcar no sólo el conocimiento de que el proyecto es ilegal, sino también el conocimiento de que la no emisión del informe en el plazo establecido por la norma producirá la consecuencia de que aquél se considerará emitido favorablemente<sup>716</sup>. Por su parte, GÓMEZ TOMILLO<sup>717</sup> considera sumamente compleja la inclusión del informe por omisión dentro del tipo del art. 320.1 CP (y por extensión de los arts. 322.1 y 329.1) ya que se reduciría tan sólo a los supuestos en los que, existente la obligación legal de informar por parte de un funcionario público, el ordenamiento jurídico administrativo contemplase la ausencia de emisión de informe como equivalente a un informe positivo. Admitida esta posibilidad, que es factible, resultaría más difícil construir la equivalencia del art. 11 CP entre el comportamiento activo y el omisivo.

DE LA MATA BARRANCO<sup>718</sup> mantiene la imposibilidad de aceptar esta comisión por omisión en los supuestos del art. 320.1 (primer inciso) CP, al excluir éste la tipicidad respecto la emisión de informes por silencio ya que no concurre ninguno de los requisitos exigidos en el art. 11 del CP. En efecto, según este autor, por mucha

---

<sup>715</sup> ROMÁN GARCÍA, *Delitos sobre la ordenación del territorio*, en Derecho penal administrativo, cit., p. 126.

<sup>716</sup> En este posicionamiento se hallaría también OCTAVIO DE TOLEDO, por los motivos detallados convenientemente al referirme a la concesión de las licencias por silencio administrativo positivo como forma de comisión por omisión. Vid. *El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el CP*, LL 1996-5, p. 1519.

<sup>717</sup> GÓMEZ TOMILLO, *Urbanismo, función pública y Derecho penal*, cit., p. 272.

<sup>718</sup> DE LA MATA BARRANCO, *Art. 320.1: prevaricación específica en el caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas*, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, cit., 1998, pp. 145-146.



interpretación voluntarista que se quiera hacer respecto a lo que debería haber supuesto esta previsión específica funcional en el ámbito omisivo, no se puede quebrar el principio de legalidad y desorbitar el ámbito de aplicación de la figura recogida en el art. 11 del CP que restringe su aplicación mediante la exigencia de que la no evitación de un resultado equivalga a su causación, lo cual no es factible articular en estos supuestos como son los del arts. 320.1 CP<sup>719</sup>.

En mi opinión debe entenderse que si bien es cierto que la comisión omisiva *dolosa* del funcionario público puede acarrear en cierta medida los mismos efectos que el informe favorable tipificado en estos tipos penales (y por tanto la acción y la omisión podrían equipararse), no puede olvidarse que la emisión del informe favorable (por acción u omisión) en la forma en que ha quedado tipificado no requiere “resultado” material alguno (exigencia ésta ineludible en el art. 11 CP). Igualmente tampoco se puede obviar la enorme distancia que hay entre la omisión de un informe por parte del funcionario y la afectación de los bienes que se pretenden penalmente defender, como son la ordenación territorial, el patrimonio cultural y el ambiente. Realmente la comisión omisiva a través del silencio positivo doloso respecto a la concesión de la licencia ilegal (en caso de ser factible) tendría infinitamente más entidad delictiva que la “emisión tácita” del informe favorable vía comisión por omisión. En efecto, la omisión de un informe -se supone que preceptivo- por parte del funcionario no puede suponer la concesión automática de la licencia ilegal que es lo que realmente pone en peligro el pertinente bien penalmente protegido, ni puede influir en el otorgamiento de la licencia, pues el informe a favor no existe. Asimismo, difícilmente cabrá el dolo en esa comisión omisiva por parte del funcionario público puesto que con su “apatía” no se podrá saber o conocer si realmente va a afectar a la concesión misma de la licencia llevada a cabo por otro funcionario/autoridad (hecho realmente peligroso) o en su caso cómo la afectaría. Lo que se pretende penalmente, en mi opinión, con la tipificación de las conductas informantes favorables es que el concedente de la licencia no disponga de un dictamen conscientemente ilegal por medio del cual se justifique el otorgamiento de tan injusta licencia. Así pues, el funcionario que le compete conceder la licencia *ambiental*, *per se* o

---

<sup>719</sup> En esta dirección, GONZÁLEZ CUSSAC, en *El Delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2ª. ed., cit., pp. 83-90, se muestra totalmente contrario a la admisión de la comisión por omisión respecto a la emisión de los informes por silencio u omisión, en tanto que entiende que solo cabe respecto a actuaciones activas de los funcionarios públicos.

como miembro de un órgano colegiado, difícilmente se verá mediatizado por un informe inexistente y, en su caso, si observare que ese informe le es imprescindible lo reclamará expresamente. En definitiva, en el presente caso creo que resultará de difícil encaje en los arts. 320.1, 322.1 y 329.1 CP las conductas omisivas (comisivas) informantes: sería ampliar y forzar en demasía estas tipificaciones<sup>720</sup>.

## **7.2 En cuanto a la conducta omisiva *injusta* de la autoridad o funcionario público que afecta a la ordenación del territorio, al patrimonio histórico y al medio ambiente.**

En primer lugar, cabe destacar que no hay uniformidad entre los arts 320, 322 y 329 CP. Mientras que los dos primeros delitos no especifican ningún tipo de conductas omisivas<sup>721</sup>, el último de ellos sí que introduce un comportamiento pasivo del funcionario público que es el silenciamiento de infracciones de Ley o disposiciones normativas de carácter general llevadas a cabo con motivo de sus inspecciones. Este elemento típico se analizará convenientemente dentro de los aspectos objetivos específicos del art. 329.1 CP, sin perjuicio de que aquí se pueda efectuar alguna valoración.

Por tanto, en el presente epígrafe se aludirá especialmente a las soluciones planteadas doctrinalmente respecto a las conductas de permisividad u ocultación de di-

---

<sup>720</sup> Con lo que no puedo estar de acuerdo es con la afirmación de DEL CASO JIMÉNEZ, en *Comentarios a los arts. 320, 322 y 329 CP*, en ComCP y Jurisprudencia, t. II, coord. Sánchez Melgar, p. 1673, cuando, refiriéndose al art. 329.1 CP, indica: “la omisión del preceptivo informe de impacto ambiental, de cualquier industria que se instale en el territorio sobre el que tiene competencia en esta materia, constituye, por inactividad dolosa, una decisión o actitud que *equivale* a la concesión de la licencia, por vía de la tolerancia y permisividad y con manifiesta infracción de la norma ambiental.

En mi opinión esta autora -aparte de no aclarar a qué se refiere cuando alude al *informe de impacto ambiental*- confunde las dos fases existentes en los apartados 1 y 2 del art. 329 CP; el informe -o su ausencia- en ningún caso puede suponer ni equivaler automáticamente la concesión misma de la licencia. Se tratan de dos fases completamente diferentes en las que el sujeto activo es distinto.

<sup>721</sup> Al respecto hay que advertir que en el Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1.995, de 23 de nov., del CP (publicado en el BO de las Cortes Generales Congreso de los Diputados nº. 119-1 de 15 de enero 2007), que estuvo en fase de presentación de enmiendas en la anterior legislatura, sí que previó respecto al art. 320 CP (no respecto al 322 CP) la tipificación de las conductas de las autoridades y funcionarios que, a sabiendas de su injusticia, y con motivo de inspecciones hubieren silenciado la infracción de normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes. Lamentablemente tal proyecto no pudo aprobarse en la VIII Legislatura.

Igualmente en el actual Anteproyecto de modificación del CP del Ministerio de Justicia de 14 de nov. 2008 se preve la conducta omisiva del “silenciamiento” en el art. 320 CP.

chos funcionarios públicos con competencias sobre ordenación del territorio y patrimonio histórico que tienen el carácter de injustas, y que saben que con su apatía o dejación se afecta negativamente a estos bienes, poniéndolos en grave riesgo.

En este sentido, un amplio sector doctrinal<sup>722</sup> manifiesta -refiriéndose al art. 320 CP pero extensible también al art. 322 del mismo texto- la imperiosa necesidad de que tengan reflejo penal las conductas de aquellos funcionarios públicos que, teniendo el cometido de velar por el correcto otorgamiento de las licencias urbanísticas o el respeto a la normativa urbanística vigente, silencien incumplimientos o actividades de inobservancia de las mismas o bien omitan injustamente inspecciones que preceptivamente le incumban. Tendrían aquí cabida tanto aquellos supuestos de obra amparada por licencia lícitamente otorgada que se excede en los límites impuestos por la misma, como aquellos otros supuestos en los que no existe esa licencia, bien porque ni siquiera se han solicitado, bien porque habiéndose solicitado todavía no se ha obtenido. Sería subsumible en este apartado, incluso las conductas funcionariales omisivas consistentes en no revocar una licencia respecto a la cual se descubre *ex post* que, otorgada inicialmente conforme a Derecho, infringe materialmente las normas protectoras aplicables<sup>723</sup>. Estas conductas omisivas es indudable que merecerían algún tipo expreso de reacción penal, al estilo recogido en el art. 329 CP, máxime cuando las mismas pueden tener una enorme capacidad lesiva o de puesta en peligro respecto al bien jurídico-penal.

Esta falta de reacción en el ámbito urbanístico y patrimonio-histórico sólo se explica por la previsible mayor importancia que el legislador otorga al entorno natural (medio ambiente) como interés autónomo, peculiar y diferenciado, con sus propias cotas de protección, al margen de las que se ofrezcan a otros bienes jurídicos próximos<sup>724</sup>. El problema deviene en que el legislador no ha considerado lo intrínsecamente vinculado que está a dicho *entorno* las materias de la ordenación territorial y del patrimonio histórico. Precisamente por ello hay que alabar la inclusión de esta

---

<sup>722</sup> Entre otros, ACALE SÁNCHEZ, *Delitos Urbanísticos*, cit., p. 338; MUÑOZ CONDE, *DP PE*, 16ª. ed. 2007, p. 557; TERRADILLO BASOCO, *Responsabilidad del funcionario público en los delitos contra la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente*, EPC, t. XX, 1997, pp. 326-327; CARMONA SALGADO, *DP español, PE*, de Cobo del Rosal, 2ª. ed., 2005, p. 688; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Delitos relativos a la ordenación del territorio en el NCP 1.995*, APen nº. 15, 1998, p. 326; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Delitos sobre la ordenación del territorio: El delito urbanístico en el NCP*, CPC nº 65, 1998, p. 686.

<sup>723</sup> Vid. CANCIO MELIÁ, *La responsabilidad del funcionario por delitos contra el medio ambiente en el Código Penal español*, ADPCP t. LII, 1999, p. 167.

<sup>724</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, *Medio ambiente y Funcionarios públicos*, cit. p. 399.

conducta omisiva en el art. 320.1 CP dentro el Proyecto de Ley de modificación del Código penal de 15 de enero de 2007 y lamentar que no se haya incluido también respecto al art. 322 CP (del citado proyecto). Es de esperar que en la presente Legislatura sean aprobadas estas conductas omisivas funcionariales en los tipos penales objeto de estudio<sup>725</sup>.

Según RODRÍGUEZ PUERTA/VILLACAMPA ESTIARTE<sup>726</sup> este tipo de conductas omisivas, relacionadas con la ordenación del territorio, difícilmente serían subsumibles en el art. 404 CP puesto que en ellas no habría “resoluciones“, requisito esencial de la prevaricación común. Asimismo, según dichas autoras, sería muy difícil incardinar esta falta de tipicidad vía de la participación en comisión por omisión del delito del art. 319 CP cometido por el promotor, constructor o director técnico<sup>727</sup>. Por esto mismo debería haberse tipificado en los arts. 320 y 322 CP las conductas funcionariales que, debiendo velar por el correcto cumplimiento de las licencias ur-

---

<sup>725</sup> En efecto, en la presente legislatura ha sido aprobado por el Gobierno el 14 de nov. 2008 el Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del CP. El texto del art. 320 en ese anteproyecto es el siguiente: “La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de urbanización, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes o que con motivo de inspecciones hubiere silenciado la infracción de dichas normas será castigado con la pena establecida en el art. 404 de este Código y, además, con la de prisión de uno a tres años o la de multa de doce a veinticuatro meses”.

<sup>726</sup> Vid RODRÍGUEZ PUERTA/VILLACAMPA ESTIARTE, *La responsabilidad penal del funcionario público en materia urbanística*, en Nuevo Derecho penal español, 2001, p. 1754.

<sup>727</sup> Esto por tres motivos esenciales según estas autoras: 1) porque allí donde el legislador ha querido criminalizar este tipo de omisiones lo ha hecho, p. ej. art. 329.1 CP; 2) porque habría un agravio comparativo punitivo entre la autoridad o el funcionario que silencia la infracción en los supuestos delictivos en la órbita del art. 319 ó 321 CP en comparación con el silenciamiento de conductas que atenten contra el medio ambiente (art. 329 CP), pues las penas contenidas en los arts. 321 y 319 CP son superiores a las del ilícito correspondiente al funcionario (arts. 320 y 322 CP). Con ello se conseguiría castigar más al partícipe funcionario omitente en aquellos supuestos en que el legislador ha considerado, por las razones que fuere, que esta conducta no es suficientemente grave como para estar expresamente incluida en el texto punitivo, que en aquellos otros casos en que se ha incriminado específicamente, como sucede en el 329 CP; y 3) porque en estos supuestos es dudoso que el funcionario se halle en posición de garante por la mera concurrencia del deber extrapenal de control, o cuanto menos que la omisión sea en ellos estructuralmente equiparable a una conducta activa, pues no es por causa de una situación de riesgo que el funcionario ha originado por lo que se está atentando contra el bien jurídico -como sí ocurriría cuando emite una licencia injusta-. sino que se limita a no poner fin a una situación de riesgo originada por un tercero. Vid la nota 42 de RODRÍGUEZ PUERTA/VILLACAMPA ESTIARTE, *ob. ult. cit.*, pp. 1755-1756.

En sentido similar GUIASOLA LERMA, en *Delitos contra el Patrimonio cultural: Arts. 321-324 CP*, p. 570, refiriéndose al art. 322 CP considera también que respecto a las conductas omisivas injustas de los funcionarios que acontecen con posterioridad a los comportamientos establecidos en el art. 321 CP, no cabe la forma comisiva por omisión. Esto no solo por un aspecto sistemático en el sentido de que cuando el legislador ha deseado tipificar estos tipos de conductas lo ha hecho explícitamente, y buen ejemplo de ello es el art. 329 CP, sino porque a pesar de que en principio pudiera existir una específica obligación de actuar por parte del funcionario, dicho tipo específico funcional, ha de entenderse como de mera actividad no concurriendo, por tanto, la equivalencia material exigida en el art. 11 CP.

banísticas y la normativa urbanística vigente, silencian incumplimientos legales o actividades de inobservancia de tales licencias, pues, a pesar de no emitirse resolución alguna, con su dejación (conducta pasiva) se está perpetuando una situación claramente ilegal que puede afectar el bien jurídico protegido específico.

En una línea parecida DE LA MATA BARRANCO<sup>728</sup>, refiriéndose al art. 320 CP, considera muy desacertada la opción del legislador de no contemplar en ese tipo penal la responsabilidad del funcionario cuya actuación se produce en una *fase posterior* al de realizarse la conducta del art. 319 CP, silenciando, por ejemplo, con motivo de sus inspecciones la ilegalidad de una construcción. Con esta falta de previsión se ha dejado sin resolver la cuestión de la vulneración del deber de vigilancia del funcionario público. Esta laguna u omisión del legislador no se puede salvar acudiendo a la figura de la comisión por omisión en relación con el citado art. 319 CP por cuatro motivos fundamentales: a) por que el art. 319 CP es un delito de subjetividad restringida; b) por la dificultad de entender configurado el precepto como tipo de resultado; c) por la igualmente dificultad de concretar la específica obligación de actuación del funcionario público (posición de garante); y d) por que existe una imposibilidad de considerar como equivalentes, como exige el art. 11 CP, la omisión de la actividad inspectora con la construcción o edificación o, en su caso, con la alteración del correcto desarrollo urbanístico, si se entendiere éste como resultado de la acción de los constructores, promotores o técnicos-directores. Tampoco se puede incluir estas conductas omisivas del funcionario competente dentro del propio art. 320 CP -no ya como omisiones propias, sino como omisiones impropias- dada la precisa descripción de la conducta típica de este precepto, centrada exclusivamente en los hechos de “informar a favor” y “conceder licencias”.

En mi opinión, desde luego, parece sumamente difícil que puedan encajar la figura de la comisión por omisión en los arts. 320 y 322 CP. Aparte de la cuestión siempre problemática de la equivalencia requerida en el art. 11 CP, entre la omisión de la actividad inspectora con la construcción, edificación o derribo-alteración de edificios singulares protegidos, nos encontramos con que la comisión impropia sólo cabe en los “delitos o faltas que consistan en la *producción de un resultado* (bien sea

---

<sup>728</sup> DE LA MATA BARRANCO, Art. 320.1: *prevaricación específica en el caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas*, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, cit., 1998, p. 145.

material o potencial)“. RODRÍGUEZ MOURULLO<sup>729</sup> sostiene que con esta cláusula el precepto se refiere a los denominados “tipos prohibitivos de causar” en los que el objetivo de la ley es evitar la producción de un resultado, con indiferencia de las modalidades de conducta a través de las cuales se produzca. A su vez, SILVA SÁNCHEZ<sup>730</sup> deja claro que hay delitos que no consisten en un resultado, cuales son los de peligro abstracto puros (en donde no concurre el resultado peligro/lesión en relación al bien protegido), y precisamente por ello debe restringirse el ámbito del precepto del art. 11 CP a los delitos de resultado material, ya que “causación” en sentido estricto sólo hay en esos delitos. Este autor también considera que el término “*resultado*” aludido obliga a entenderlo no sólo como resultado de los tipos delictivos (generalmente de autoría) de la Parte Especial, sino también como *resultado* de los tipos integrados que resulten de la conjunción de aquéllos con las disposiciones sobre participación e imperfecta ejecución de la Parte General del Código Penal.

Con estas bases, en mi opinión, se puede afirmar que las previsibles conductas pasivas/omisivas funcionariales serán típicas tanto respecto a los silenciamientos expresamente tipificados en el art. 329 CP (siempre que se lleven a cabo las inspecciones) como también respecto al 325 CP (como autor<sup>731</sup> o partícipe<sup>732</sup>) ya que éste ha quedado configurado en su apartado primero como delito de peligro hipotético (con un cierto *resultado al menos potencial*) y como delito lesivo en su nuevo número dos. Mucho más difícil será subsumir esos comportamientos funcionariales pasivos dentro de los arts. 320 y 322 CP, puesto que, si bien sobre el funcionario (que se asume competencias concretas sobre ordenación del territorio y patrimonio histórico) recae un deber de control y vigilancia específico en estas materias, e incluso suponiendo que su permisividad (omisión) dolosa fuese equiparable a su acción positiva, difícilmente puede cumplimentarse la exigencia de un mínimo “resultado típico” ya que estos se configuran como de mera actividad (peligro abstracto puro).

---

<sup>729</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentario al art. 11 del CP*, en ComCP, dir.: Rodríguez Mourullo, 1997, p. 57.

<sup>730</sup> SILVA SÁNCHEZ, *El NCP: cinco cuestiones fundamentales*, cit. 1997, pp. 74-76.

<sup>731</sup> SILVA SÁNCHEZ advierte, en *Delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 160, que la conducta del *silenciamiento* se trata de una conducta subsumible en la realización del tipo del art. 325 CP en comisión por omisión: silenciando la infracción normativa y el riesgo existente, se está provocando (por omisión) la realización de las emisiones y vertidos descritos en este último artículo.

<sup>732</sup> En este sentido de considerar la participación omisiva (obviamente en connivencia con el particular responsable), GÓRRIZ ROYO, *Omisión y tolerancia administrativa en Derecho penal del medio ambiente, a propósito del art. 329.1, 2º. del CP*, en RDyPP nº. 14, año 2005-2, p. 55.

Cabría pretender insertar estas comisiones omisivas (dolosas) funcionariales al amparo del art. 319 CP cuando el funcionario conociese plenamente que se “está llevando a cabo una construcción no autorizada en suelo reconocido” o “una edificación no autorizable en suelo no urbanizable” y, sin embargo, nada hiciere por impedirlo. En este supuesto, desde luego, no podría entenderse autor a dicho funcionario público en tanto que este tipo penal está reservado a los promotores, constructores y técnicos directores. Sólo cabría considerarlo como participe en comisión por omisión en relación con el promotor, constructor o técnico pero esto tampoco sería factible por estar ante un delito “sin resultado” como es el 319 CP. Según esto, y lamentablemente, las *tolerancias funcionariales* relativas a la ordenación del territorio quedarían impunes, pese a su gravedad, y sólo serían sancionables administrativamente.

Por el contrario, y con la debida cautela, no sucederá lo mismo respecto al art. 321 CP en cuanto que el derribo o la alteración grave de edificio singularmente protegido constituye un claro resultado material y lesivo, cumplimentándose en ese sentido con el contenido del art. 11 CP, aunque para la estimación de la comisión por omisión en delito básico contra el patrimonio histórico habría que considerar que el hacer (derribo o alteración) y el no hacer (impedir el derribo o alteración) sean equiparables.

De todo ello se deduce la gravedad que ha supuesto el que no se halla incluido expresamente dentro de los arts. 320 y 322 conductas omisivas al estilo del 329 CP. Es de esperar la pronta inclusión de esas conductas en los delitos objeto de estudio con motivo de la modificación parcial del CP que se está llevando a cabo en el Parlamento.

## **8. Las conductas típicas del apartado segundo de los arts. 320, 322 y 329 CP.**

Continuando dentro del análisis de las cuestiones comunes de los elementos objetivos de los tipos penales estudiados, y habiéndose analizado en los epígrafes anteriores la fase previa a la concesión de la licencia a la que se referían sus primeros

apartados -la emisión de los informes favorables ilegales por parte de las autoridades y funcionarios públicos-, es preciso debatir ahora acerca de las conductas establecidas en el apartado segundo de estos delitos que reflejan ya una situación de mucho mayor riesgo para los bienes jurídicos allí protegidos. Efectivamente, a través de los comportamientos injustos de los sujetos activos de estos delitos, lo que se realiza es otorgar o coadyuvar en una indebida concesión de las preceptivas autorizaciones que competen a la Administración pública. Es decir, con estos ilícitos comportamientos funcionariales se facilita un riesgo no permitido respecto a lo que debería ser un riesgo asumible desde el punto de vista social y constitucional.

Lo primero que llama la atención es que el contenido de estos apartados sea idéntico en los tres delitos, lo cual crea un primer problema puesto que los mismos han de ser conjugados y contextualizados en relación a otros tipos que no son idénticos en modo alguno, sino todo lo contrario: me refiero a los apartados primeros de los mencionados arts. 320, 322 y 329 CP.

Cabe destacar que las conductas detalladas en estos segundos apartados no son cualesquiera sino que se tratan de comportamientos realizados por servidores públicos con plena conocimiento y consentimiento de la antijuricidad de su acción, atacando un ordenamiento especialmente sensible y altamente amparado por la CE cual es el relativo a la ordenación del territorio, al patrimonio histórico y al medio ambiente.

Asimismo lo que también se observa a primera vista es que en la redacción de estas conductas típicas el legislador ha plasmado las dos formas posibles en las que pueden ser concedidas las licencias recogidas en estos tipos penales: pueden otorgarse bien por un órgano individual o bien por un órgano colegiado. Sin embargo, el contenido de estos apartados segundos viene a ser una fuente de problemas para el intérprete, hasta el punto de que se discute el número de conductas típicas que recogen esos apartados.

HERNÁNDEZ ALONSO<sup>733</sup> entiende que en estos tipos penales el hecho de “resolver” va dirigido al órgano unipersonal (funcionario *que por sí mismo*), mientras que la conducta de “votar” va dirigido exclusivamente al órgano colegiado. Por tanto, los apartados segundo de los delitos analizados, sólo comportarían dos conductas dife-

---

<sup>733</sup> HERNÁNDEZ ALONSO, *Prevaricación específica de funcionario público en el área medioambiental*, APen, nº. 9, 1999. t. I, p. 197.



rentes<sup>734</sup>. Por el contrario, OCTAVIO DE TOLEDO<sup>735</sup> considera que son tres las conductas que se tipifican en el apartado segundo de estos delitos. La primera modalidad sería la del primer inciso del n.º 2 de los arts. 320, 322<sup>736</sup> y 329 CP y consistiría en la conducta de “*el funcionario o autoridad que por sí mismo hubiese resuelto a favor de la concesión de licencias manifiestamente ilegales*“. Esto -según el autor- supondría una derivación agravada y específica del art. 404 CP. La segunda modalidad sería la del “*funcionario o autoridad que como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto a favor de la concesión de licencias manifiestamente ilegales, a sabiendas de su injusticia*”<sup>737</sup>. La tercera y última modalidad es la del segundo inciso del número 2 de los delitos analizados y consistiría en que “*la autoridad o funcionario que, como miembro de un organismo colegiado, hubiese votado a favor de la concesión de licencias manifiestamente ilegales*“. Para OCTAVIO DE TOLEDO esta conducta típica no parece requerir, para su consumación, la concurrencia de resolución alguna (ni favorable ni desfavorable), coincidente o no con el sentido del voto que ha de emitir el autor, ni vinculación causal alguna entre su voto y la resolución que finalmente se adopte.

La solución interpretativa respecto a si se tipifican, en relación con el órgano colegiado, una sola conducta (la de votar a favor) o dos (bien resolver, bien votar a favor) es, posiblemente, lo primero que tendría que aclararse, máxime teniendo en cuenta, como se dijo, el texto literal de estos números dos de los artículos examinados. En mi opinión, contrariamente a lo defendido por OCTAVIO DE TOLEDO, no es posible distinguir de manera separada y autónoma las conductas de *resolver* y la de

---

<sup>734</sup> ACALE SÁNCHEZ también entiende, en *La responsabilidad del funcionario público y de la autoridad en el Tit. XVI CP: Especial referencia al art. 320*, RPJ n.º 47, 1997, p. 137, que el número 2 de estos artículos tipifican dos conductas distintas: por un lado, castigan al funcionario o autoridad que por sí mismo haya resuelto a favor de la concesión y, por otro, al funcionario o autoridad que haya votado a favor de la concesión de la licencia. Sin embargo, entiende que las dos acciones incriminadas son de tenor diferente pues, si bien con respecto a la primera podría entenderse que por este “resolver” se estaría ya concediendo la licencia urbanística, cuando se castiga al funcionario que “vota a favor” se está adelantando la incriminación a un momento anterior a aquél en el que, por el juego de las mayorías, la licencia es efectivamente concedida.

<sup>735</sup> OCTAVIO DE TOLEDO, *Un ejemplo de norma jeroglífica: el art. 329 CP*, RP, 2000, n.º 3, pp. 20 y ss.

<sup>736</sup> Como se verá más adelante al referirme a los elementos objetivos específicos del art. 322.2 CP éste no va dirigido a las licencias ya que el 322.1 CP sólo se refiere a los informes.

<sup>737</sup> Según OCTAVIO DE TOLEDO, *vid ob. ult. cit.* p. 21, se trataría de un tipo cuya expresa singularización legal resulta superflua: aunque el art. 329.2 CP no lo incluyera, existiría igualmente e implicaría las mismas consecuencias. No es más que un caso de *tipo referido*, construible mediante el enlace de la norma de referencia (la que en el art. 329.2 prevé el tipo anterior) con una de las normas referidas (en este caso la del 2.º inciso del párr. 1.º del art. 28 CP coautoría), cuya realización se previene con la misma pena con que se amenaza la ejecución del tipo referente (arts. 28 y 61 CP).

*votar a favor* en las actuaciones colegiadas y funcionariales de estos casos. En primer lugar, la adopción de una resolución colegiada para la concesión de licencias es difícilmente diferenciable de la votación a favor de las mismas en el seno de un órgano colegiado. En un órgano colegiado la votación es un presupuesto tan necesario e inmediatamente ligado al hecho de resolver que se puede decir que prácticamente la concesión de la licencia se deriva de aquella votación<sup>738</sup>. Desde luego, actualmente se desconoce otra forma mejor en la que los órganos colegiados puedan *resolver* sobre determinada cuestión que a través del sistema de la votación en sus diversas variantes.

Al respecto es realmente cierto que el legislador penal estuvo acertado al pretender tipificar estas conductas de órganos individuales y colectivos de la Administración pública sobre los que recae tan significativa y trascendente responsabilidad resolutive. No obstante, es posible que en su contenido típico se haya dejado influenciar excesivamente por la ley administrativa<sup>739</sup>. Hay que partir también del presupuesto de que cuando la decisión colegial constituya delito, la responsabilidad penal no puede alcanzar *per definitionem* a todos los miembros del órgano que hayan participado en el acuerdo, sino que, por el contrario, cabe la posibilidad de que uno o varios integrantes del órgano queden exonerados de responsabilidad en virtud de su comportamiento personal, pues no es asumible la tesis que propugna la creación de un delito colegial<sup>740</sup>, como categoría autónoma.

Obviamente tanto la autoridad como el funcionario público que resuelve o vota a favor de la concesión de una licencia ilícita ha de estar legalmente dotado de las correspondientes competencias medio ambientales, urbanísticas o relativas al patrimonio histórico.

---

<sup>738</sup> GÓRRIZ ROYO, *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., p. 278.

<sup>739</sup> Reacuérdesse que los apartados segundo de los arts. 320, 322 y 329 CP se han inspirado previsiblemente en el art. 264.2 RDL 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana (hoy derogado por el RD Legislativo 2/2008), así como en el vigente art. 228.2 del RD 1346/1976, de 9 de abril y el art. 57.2 del RD 2187/78, de 23 de junio, RDU, que se refieren a que “En las obras amparadas en una licencia cuyo contenido sea manifiestamente constitutivo de una infracción urbanística grave serán igualmente sancionados .....los miembros de la Corporación que hubiesen votado a favor del otorgamiento de la licencia sin los informes previos exigibles o cuando éstos fueran desfavorables en razón de aquella infracción”.

<sup>740</sup> Éste sería el cometido por personas que, constituidas como órgano colegiado de una persona jurídica, incurren en delitos en el ejercicio de sus funciones.

Por tanto, al considerar que las conductas del apartado segundo de estos delitos analizados son dos -eminentemente activas- se ha de proceder en los próximos epígrafes a desarrollar en profundidad su contenido.

### **8.1 Resolver por sí mismo (órgano unipersonal).**

La redacción empleada en este elemento típico, al incluirse la expresión “por sí mismo”, se antoja defectuosa por innecesaria<sup>741</sup>. En mi opinión más clara y acertada hubiera sido tipificar esta conducta de la siguiente manera: “con las mismas penas se castigarán a *la autoridad o funcionario público (o mejor, funcionario público o facultativo) que, a sabiendas, hubiera resuelto injustamente la concesión de la licencia o que, como miembro de un órgano colegiado, hubiere votado a favor de su concesión, siempre que ésta hubiera sido finalmente otorgada injustamente*”. De esta forma hubiera quedado deslindadas de mejor forma las dos conductas (que no tres) que pretenden tipificarse en estos apartados, máxime cuando se ha postulado la circunstancia de que el tiempo singular del verbo “hubiese resuelto” expresa y se dirige al órgano unipersonal, mientras que el hecho de votar se refiere al funcionario/autoridad como miembro del órgano colegial.

Con la vigente redacción la cuestión inicial a solventar es la de saber qué es lo que tiene que resolver la autoridad o funcionario público, ya que el apartado dos de cada uno de los artículos 320, 322 y 329 CP lo omite, pues la última expresión “su concesión” va referida únicamente al voto a favor de la licencia. Por lógica deducción debe entenderse que lo que habrá de *resolverse* será la concesión de las licencias citadas en los apartados uno de los artículos 320 y 329 CP. Mayor problema presenta la cuestión respecto al art. 322 CP puesto que su apartado uno no se refiere a la *concesión de licencias* sino que se refiere sólo a “proyectos” de derribo o alteración de edificios (singularmente protegidos) sobre los cuales, en mi opinión, ni hay

---

<sup>741</sup> Vid. OCTAVIO DE TOLEDO, *Un ejemplo de norma jeroglífica: el art. 329 CP*, cit., RP, 2000, nº. 3, p. 21.

que resolver ni hay que votar<sup>742</sup>. Esta falta de coordinación entre los dos apartados del art. 322 CP se debe sin lugar a dudas a la forma *-in extremis* en la Cámara Alta o Senado- con la que se elaboró este precepto, habiéndose extraído el primero de sus apartados del capítulo I del Tit. XVI relativo a los delitos sobre la ordenación del territorio, y añadiendo el apartado “común” de los nº. 2 de los arts. 320 y 329 CP. Al respecto, GUIASOLA LERMA<sup>743</sup> entiende que las resoluciones referidas en el art. 322.2 CP han de ser las autorizaciones administrativas por medio de las cuales se conceda al reclamante la posibilidad de derribo o alteración de esos edificios singularmente protegidos y que han de devenir por faceta doble: tanto del Ayuntamiento como de la Administración *Cultural*.

Por otro lado, como viene manifestando de forma unánime la doctrina española<sup>744</sup> sobre este asunto, quien *resolverá* será casi con carácter general la autoridad -y no el funcionario público- por ser el competente para realizar este tipo de actuaciones como es el otorgamiento de las licencias.

En estos preceptos, obviamente, se está aludiendo al acto administrativo de la concesión de la autorización. Habrá que considerar que estamos ante la única conducta clara que tiene el carácter de especial prevaricación administrativa de las recogidas en los arts. 320 y 329 CP, puesto que se cumplimentan todos los requisitos del art. 404 CP (resolución, arbitrariedad, asunto administrativo y elemento doloso) y que tiene un matiz específico en tanto que se pone en peligro el ambiente o, en su caso, la ordenación del territorio y el patrimonio cultural<sup>745</sup>.

---

<sup>742</sup> Como afirma ACALE SÁNCHEZ, en *La responsabilidad del funcionario público y de la autoridad en el Tit. XVI CP: Especial referencia al art. 320*, RPJ, nº. 47, 1997, p. 135, los proyectos de edificación -del art. 320.1 CP- o de derribo o alteración de edificios protegidos -en el art. 322.1 CP- solo son documentos técnicos que vienen a corroborar que lo proyectado se corresponde con las normas urbanísticas o relativas al patrimonio histórico vigentes: los funcionarios no resuelven o votan sobre los proyectos sino que lo hacen en relación a las licencias.

<sup>743</sup> GUIASOLA LERMA, *Delitos contra el Patrimonio Cultural. Arts. 321-324 CP*, pp. 572-573.

<sup>744</sup> Por todos DE VICENTE MARTÍNEZ que, refiriéndose al delito urbanístico, sostiene, en *La responsabilidad penal de la Administración urbanística: el párrafo 2º. del artículo 320 CP*, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, cit., 1998, pp. 178-182, que en el art. 320.2 CP cuando habla de órgano unipersonal se debe estar refiriendo presumiblemente al alcalde o concejal delegado de la Corporación local y cuando menciona al “organismo colegiado” se debe referir a la Comisión de Gobierno o Pleno municipal del Ayuntamiento correspondiente.

<sup>745</sup> Vid. GARCÍA PÉREZ, *El tipo de las denominaciones específicas de los arts. 320 y 329 CP*. La Red: [http://www.isel.org/cuadernos2/legislacion/O\\_garcia.ht](http://www.isel.org/cuadernos2/legislacion/O_garcia.ht), p. 5; y ALASTUEY DOBÓN, *El ámbito de aplicación del art. 329 CP: examen de sus conductas típicas*, RDPCr., 2ª. ep., nº. 9, enero 2002, pp. 3 y 4.

Algún autor<sup>746</sup> ha hecho ver que esta conducta podría también subsumirse dentro de la conducta de “provocación” inserta en el tipo básico del art. 325.1 CP, aunque eso sí, advirtiéndolo que los comportamientos de “resolver por sí mismo las concesiones de las licencias ambientales o urbanísticas” se consuman antes que el indicado acto del art. 325.1 CP; y ello es lógico dado que “dictar la resolución” no es todavía provocar un vertido, una emisión, un ruido etc.

## **8.2. La votación a favor de la concesión como miembro de un órgano colegiado.**

### **Planteamiento de la cuestión.**

Con esta conducta el legislador ha pretendido castigar de forma individualizada la responsabilidad penal de las autoridades y funcionarios públicos que, actuando colegiadamente, son desleales a su cometido. Acertadamente se rechaza la categoría del *delito colegial*, en el cual no es posible sustraer la responsabilidad del sujeto respecto a la decisión colegiada. En esta conducta típica se introduce una regla de atribución de responsabilidad que, en la forma en que se redactó, es criticable, puesto que el sistema utilizado por el legislador peca tanto por defecto como por exceso. Respecto a este último extremo (de exceso) se observa que el legislador ha introducido una regla adicional de equiparación de la tentativa y la consumación, ya que la interpretación gramatical de este elemento típico (votar a favor de la licencia injusta) permite la conclusión de que el intento fracasado de *conformar una resolución* colegiada que autorice alguna de las conductas contaminantes de referencia, sería -como se comprobará- en sí mismo punible<sup>747</sup>. En este sentido podría decirse que en esta conducta -“votar a favor”- estaríamos ante un delito de emprendimiento, el cual se satisface con la iniciación de actos que tienden a poner en peligro bienes jurídicos, suponiendo un adelantamiento de la línea de punibilidad precisamente con la finali-

---

<sup>746</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Los delitos contra el medio ambiente*, cit. p. 160.

<sup>747</sup> SILVA SÁNCHEZ, *ob. ult. cit.*, pp. 161-162.

dad de conseguir una mayor protección de tales bienes<sup>748</sup> (delitos de consumación anticipada).

En esta cuestión del voto favorable emitido por los funcionarios públicos que pertenecen a órganos colegiados, subyace el profundo análisis realizado la doctrina española y alemana respecto a los comportamientos de los miembros de los consejos de administración de las sociedades mercantiles en cuanto a la exigencia de una posible responsabilidad penal.

Como principio general, y en la línea seguida por RODRÍGUEZ MOURULLO<sup>749</sup>, lo que verdaderamente cuenta o debe contar al respecto es el efectivo comportamiento y la efectiva voluntad del funcionario público como miembro colegial. Por eso, el sujeto que se preocupe insistentemente en disentir respecto de la concesión ilícita en el debate previo a la votación, y posteriormente no actuase en ese sentido sino que la conducta real del funcionario, en el momento válido de la votación, se dirigiese conscientemente en sentido opuesto a tal disenso u oposición a la concesión de la licencia ilícita (votando a favor), su actuación deberá ser reprochable y perseguible.

Lo tipificado en las conductas del inciso segundo de los arts. 320.2 y 329.2 CP) es únicamente el *voto a favor* de la concesión ilícita de licencias. Por tanto, deberá considerarse que habrá tantos delitos independientes como funcionarios públicos o autoridades emitan su voto (que deberá versar sobre la concesión o no de licencias contrarias a las normas generales protectoras del medio ambiente o a las urbanísticas en vigor<sup>750</sup>), con indiferencia de la resolución/licencia en sí misma considerada<sup>751</sup>.

---

<sup>748</sup> Con carácter general, entre otros, RODRÍGUEZ MOURULLO, *DP PG*, 1ª. ed., p. 280.

Al respecto, JESCHECK/WEIGEND afirman, en *Tratado de DP PG*, 5ª. ed., 2002, p. 565, que la importancia de estos delitos de emprendimiento radica en que desaparece la posibilidad de atenuación de pena para la tentativa y decae el privilegio del desistimiento, conllevando un adelantamiento de la penalidad total a la fase de tentativa.

Por su parte GÓRRIZ ROYO considera, en *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., pp. 47-48, que, entendidas las conductas de “votar a favor” como delitos de emprendimiento propios, parece más evidente que la ofensa que manifiestan con respecto a los bienes jurídicos protegidos, tenga que ser cuanto menos el *peligro abstracto* propio de la fase de tentativa. Esto cuestionaría -según esta autora- el hecho de si con las conductas informantes del n.º 1 de los arts. 320, 322 y 329 CP no se consigue tanto evitar la impunidad *cuando adelantar injustificadamente las barreras de protección*.

<sup>749</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, *Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios*, ADPCP, t. XXXVII, año 1984, p. 687.

<sup>750</sup> En este sentido no sería típico respecto al art. 320 CP (aunque debería serlo), el voto favorable del funcionario tendente a la aprobación o modificación de planes urbanísticos manifiestamente ilegales, ya que los mismos, globalmente considerados no necesitan de licencia. Éstas sólo serán precisas respecto al desarrollo de cada una de las actuaciones que conlleven esos Planes urbanísticos.

<sup>751</sup> ACALE SÁNCHEZ, *Delitos Urbanísticos*, cit., p. 360.

Una vez precisado todo lo anterior es conveniente comprobar el significado del voto individual de la autoridad o funcionario público y cómo influye o puede influir en la concesión misma de la licencia a través de la cual, casi con toda seguridad, se va a permitir una puesta en peligro -cierta y directa- de los bienes tantas veces aludidos. Se comprueba aquí nuevamente la deficiente redacción del apartado 2 de estos preceptos analizados, en tanto que respecto a la conducta de “votar a favor de su concesión” no se establece expresamente la necesidad del otorgamiento mismo de la licencia mediante el sistema de mayorías dentro del órgano colegiado.

En definitiva, es necesario detallar una serie de posicionamientos doctrinales respecto a la repercusión del voto a favor del funcionario y el nexo causal entre la emisión de su voto y el hecho de otorgarse la licencia ilegal.

#### **8.2.1 Alcance de la votación respecto de la concesión de la licencia. El problema causal y las diferentes posturas doctrinales.**

La conducta típica que se analiza (“votar a favor de su concesión”) plantea un problema trascendental como es el que se refiere al nivel de vinculación que ha de existir entre la emisión propia del voto (a favor) realizada por la autoridad o funcionario -que actúa como miembro de un órgano colegiado de la Administración- y el hecho mismo del otorgamiento o concesión de la licencia ilegal, con la cual se permitirá la posibilidad de atentar contra el medio ambiente, el patrimonio histórico o lo que se viene denominando la ordenación del territorio, al sobrepasarse ampliamente el riesgo permitido. Los arts. 320.2, 322.2 y 329.2 CP mantienen un silencio absoluto sobre esta cuestión, siendo obligatorio resolver el problema vía interpretativa. Fundamentalmente cabe destacar dos cuestiones o problemáticas distintas sobre esta temática: la primera referida al momento procedimental en el que se emite el voto favorable y su valor respecto a la concesión colegiada de la licencia ilícita e injusta; y la segunda relativa a si la conducta de votar a favor es ya típica *per se* o se requerirá, por el contrario, que aparte del voto a favor se otorgue la licencia injusta

por parte de dicho órgano colegial (o incluso se precisa la lesión de los bienes protegidos). Dicho de modo interrogativo, ¿se podrá castigar al funcionario público que vota a favor cuando la mayoría del órgano colegiado se pronuncia claramente en contra de la concesión de la licencia ilegal a los que se refieren los tipos que se analizan? Sobre estos aspectos es necesario referirse a continuación.

#### **8.2.1.1. La cuestión procedimental en el “voto a favor”.**

El presente aspecto conviene iniciarlo a través de tres ejemplos.

Ejemplo A de no concesión de la licencia injusta: Imaginemos una corporación local que está compuesta por diez concejales los cuales tienen que votar la concesión de una licencia que es manifiestamente ilegal relativa a la instalación de una industria contaminante. Los cuatro primeros funcionarios emiten, con pleno conocimiento, un voto favorable a la concesión ilegal de la licencia *ambiental*. Posteriormente los seis siguientes miembros de la corporación votan en contra de esa concesión. La cuestión estaría en determinar la responsabilidad penal de los funcionarios que votaron a favor, teniéndose en cuenta que en el momento de su votación aún no se había conformado la mayoría denegatoria de la concesión de la autorización.

Ejemplo B también de no concesión de la licencia injusta: En un ayuntamiento similar al anterior se reúnen los concejales a los efectos de aprobar o denegar otra licencia ambiental claramente ilegal. En este caso los seis primeros funcionarios votan en contra de concederse la referida licencia, mientras que los cuatro últimos votan a favor de su otorgamiento, a sabiendas de su injusticia. La cuestión aquí sería analizar la responsabilidad de estos cuatro últimos votos, que habría que considerarlos como testimoniales puesto que cuando se emitieron ya estaba conformada la mayoría denegatoria de la licencia.

Ejemplo C en el que sí se concede la licencia injusta: En un caso similar al anterior, los tres primeros concejales votan a favor de la concesión ilegal de la licencia; los dos siguientes votan en contra; los funcionarios seis, siete y ocho vuelven a votar a



favor de la licencia ilegal, con lo cual se obtiene la mayoría por la que queda otorgada la licencia ilegal; y a continuación los concejales nueve y diez vuelven a votar a favor de la ilegalidad, pese a que la concesión de la licencia ya se había conformado. En este caso se trataría de analizar la posible responsabilidad penal de los concejales nueve y diez (que suponen una mayoría sobrecondicionada) que votaron a favor cuando sabían que la licencia estaba otorgada por haber obtenido la mayoría precisa.

En una interesante exposición JAKOBS<sup>752</sup>, partiendo de un exhaustivo análisis en cuanto a los comportamientos de los miembros de los consejos de administración de sociedades mercantiles, respecto a la adopción colectiva de acuerdos sociales (perfectamente aplicable en cuanto al momento procedimental de la emisión del voto a favor por parte de los funcionarios *colegiados* como conducta típica del inciso último de los arts. 320.2, y 329.2 CP), considera que la participación en una votación no es ejecución de un hecho sino preparación de un hecho, más precisamente, intervención durante la planificación del mismo (hecho). A través de la votación -como intervención psíquica que es- el sujeto no sólo exterioriza ya algo jurídicamente relevante, sino que también se crea un fundamento o razón para que se le impute como hecho también propio la exteriorización de la decisión adoptada por el órgano colegiado. El ejecutor lleva a la práctica el hecho de una colectividad y no sólo el suyo propio (en este caso el de la autoridad o funcionario). Para este autor la votación no es en sí misma una exteriorización (concesión de la licencia) sino que prepara internamente una conducta empresarial (en nuestro caso *funcionarial*) que se ejecutará posteriormente y que entonces se exteriorizará. Conclusión: la votación no es ejecución sino sólo una participación en la exteriorización misma. En la emisión de los votos individuales *lo decisivo para la infracción de la norma es la conducta de ejecución (exteriorización)*. Ésta será puesta en práctica por el último responsable, o sea, por el miembro que dirige la votación que constata la mayoría. Cuando se acredita la mayoría o se ejecuta el acuerdo como mandatario de todos los que han *consentido* (votando a favor), la conducta empresarial/funcionarial preparada mediante la emisión de los votos se ejecuta en estos actos, simultáneamente, para todos los que dieron su conformidad, lo cual significa que todos responden. Si votan a favor más personas que las necesarias para la aprobación de la propuesta (recuérdese el

---

<sup>752</sup> JAKOBS, *Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos*, en Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, 1996, cit., pp. 75 y ss.

ejemplo C mencionado), todos esos votos deben ser recontados y constatarse la mayoría como una mayoría o un resultado sobrecondicionado; todos estos votos se exteriorizan por tanto simultáneamente en la conducta empresarial acordada<sup>753</sup>. Así pues, y como conclusión, quien vota a favor de una conducta empresarial antijurídica e injusta responde por esta conducta cuando se recuenta su voto y tiene lugar una mayoría -incluso innecesariamente alta (mayoría sobrecondicionada)- siendo indiferente cuando haya emitido su voto. El mecanismo que conduce a la adopción del acuerdo carece de relevancia hasta que el acuerdo no se externaliza o exterioriza<sup>754</sup>.

En nuestro país, SUÁREZ GONZÁLEZ<sup>755</sup>, en una línea muy cercana a JAKOBS, considera que la adopción de acuerdos mediante votos, aparte de constituir una de las modalidades de conformación de la voluntad en el seno de los órganos colegiados, sociedades y demás entes colectivos, puede suponer la expresión de la manifestación de una voluntad colectiva contraria a deber. Esta problemática debe tratarse exclusivamente desde la perspectiva de la determinación de la *responsabilidad individual*, es decir, sobre la base de que la responsabilidad penal es siempre personal e impidiendo fundamentar una responsabilidad *ilimitada* de cada uno de los miembros del órgano colegiado por las acciones u omisiones de los demás miembros. Esta eventual responsabilidad penal obliga a valorar no sólo el sentido formal del voto -el *sí* o el *no* en favor o en contra de la adopción del acuerdo- sino también *el significado* del contenido de la manifestación de voluntad que el voto representa. Este autor, partiendo del supuesto en el que el sujeto, como miembro del órgano colegiado, vota nominalmente a favor de la adopción del acuerdo ilícito, siendo necesaria la mayoría

---

<sup>753</sup> JAKOBS considera, en *ob. ult. cit.*, p. 86, que no afecta al problema la cuestión de si constituye un riesgo no permitido la conformidad o voto a favor en los casos en que la mayoría ya esté conformada de forma segura optándose por el acuerdo ilícito. La planificación y preparación de un hecho sin duda *no* constituye un riesgo no permitido, sino que sólo el mismo hecho lo constituye; lo constitutivo de un riesgo no permitido no es proporcionarle subrepticamente un cuchillo a los asesinos, sino que ello lo que supone es la facultad en el asesinar, que es lo constitutivo de un riesgo no permitido. La cuestión es si la conformidad (voto a favor) en los casos en los que la mayoría ya esté asegurada completamente, aún puede poseer el significado de que el delito deba ser causado. Sin este significado, la conformidad estaría libre de responsabilidad; Jakobs denomina a esto prohibición de regreso. Esta formulación requiere una respuesta: una conformidad con mayoría sobrecondicionada también causa, siempre que la exteriorización (o adopción del acuerdo antijurídico) se produzca simultáneamente.

<sup>754</sup> Vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados*, RDPCR, n.º. 1 extraordinario, año 2000, pp. 181 y ss.

<sup>755</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ, *Participación en las decisiones del consejo de administración de una sociedad y responsabilidad pena*, en *La Responsabilidad penal de las sociedades. Actuación en nombre de otro. Responsabilidad de los consejos de administración. Responsabilidad de los subordinados*, CDJ n.º. VII, 1994, pp. 39-59.

simple para la adopción del mismo, advierte dos posibilidades (que precisamente son las que nos interesan en cuanto al elemento típico analizado):

- a. Que el voto a favor se haya emitido antes de que la mayoría esté conformada. En efecto, podría suceder que el acuerdo se hubiera verificado con más miembros de los necesarios, o incluso todos, ya que éstos se hubieran pronunciado a su favor. La cuestión en estos casos consiste en determinar *si quien votó -a favor- antes de que se alcanzase* la mayoría, responde por la decisión adoptada y por la eventual puesta en práctica del acuerdo. Es más, cabría preguntarse por la validez *a posteriori* de las alegaciones que pudiera efectuar ese votante inicial en el sentido de manifestar que su voto no resultó determinante del resultado final, *pues la mayoría se hubiera alcanzado de igual modo* aunque hubiera votado en sentido contrario a como lo hizo<sup>756</sup>. En tal caso lo que el sujeto -votante inicial- alega desde el plano puramente causal es que la condición por él puesta en realidad no ha sido determinante del resultado, pues de suprimirse dicha condición el resultado no experimentaría modificación alguna. Al respecto SUÁREZ GONZÁLEZ indica que cada uno de los votos emitidos antes de que la mayoría se haya alcanzado es causa del acuerdo contrario a derecho finalmente adoptado, ya que dichos votos, conjuntamente con los demás, han sido necesarios para la adopción del acuerdo, es decir, constituyen una parte necesaria del conjunto de condiciones que se han cumplimentado para adoptar la decisión. O lo que es lo mismo, la emisión de un voto contrario a deber puede entenderse como un riesgo que, de alcanzarse el acuerdo, se ha concretado en el resultado. Todo voto emitido antes de haberse alcanzado la mayoría en favor de una resolución contraria a derecho constituye la creación de un riesgo que de lograrse el acuerdo coadyuva a su explicación.
- b. Que el voto a favor se haya emitido cuando ya los votos efectuados son de por si suficientes para haberse adoptado el acuerdo, es decir, después de conformada la mayoría. En este caso, SUÁREZ GONZÁLEZ<sup>757</sup> también entiende que existe responsabilidad por el sujeto votante, ya que el acuerdo refleja determinadas declaraciones de voluntad individuales, coincidentes en igualdad de contenido y de fin; *la emisión del voto constituye la objetivación -o externalización- de que una declaración de voluntad es coincidente en igualdad de contenido y de fin* con otras de-

---

<sup>756</sup> Precisamente este fue el caso tratado en la Sentencia de 6 de julio de 1990 por el Bundesgerichtshof en el “Asunto Ledersprayfall (Caso del spray del cuero)”.

<sup>757</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ, *ob. ult. cit.*, p. 49.

claraciones de voluntad que consideradas en su conjunto son expresión de la voluntad del órgano. Quien ha emitido su voto en favor de la adopción de un acuerdo, estando investido de la función de participar en la determinación de la voluntad del órgano, ha coadyuvado objetivamente a configurar la voluntad de dicho órgano, y su manifestación de voluntad forma parte integrante del acuerdo adoptado. El acuerdo no se adopta, y por tanto la voluntad del órgano no se conforma, en tanto en cuanto el procedimiento de formación de la voluntad no concluya. El procedimiento constituye el mecanismo que permite la intervención de los miembros de un órgano en la conformación de la voluntad de dicho órgano. Y este procedimiento se halla compuesto por distintas fases de las que forman parte la convocatoria, la reunión y la deliberación, además de la votación. La adopción del acuerdo, expresión de la voluntad común, sólo puede considerarse producida una vez que se han cumplimentado los distintos estadios del procedimiento. No puede olvidarse -siguiendo la línea de JAKOBS<sup>758</sup>- que este supuesto tiene la peculiaridad de que el “miembro del órgano colegiado se ha cerciorado del estado de la votación antes de emitir su voto” y que si bien puede votar en sentido distinto a como votó, y verse así exonerado eventualmente de responsabilidad, finalmente no lo hizo, coincidiendo con el sentido mayoritario de la votación, siendo lo determinante que el acuerdo se adoptó con su asentimiento.

Aplicando las anteriores alegaciones a la problemática de las conductas típicas colegiadas de los arts. 320.2 y 329.2 CP, e incidiendo una vez más en decir que lo tipificado -como autoría- en los mismos es precisamente el hecho mismo de *votar a favor* por parte de la autoridad o funcionario, personalmente considero que el legislador penal, al tipificarlas, se debería haber guiado -cosa que no hizo- por las siguientes pautas:

1. Para que una autoridad o funcionario, en su condición de miembro de un órgano colegiado pueda responder como autor de las conductas indicadas, es necesario que ese órgano, por mayoría, haya procedido a otorgar la licencia ilegal.
2. Es indiferente, debiendo responder como autor, que cuando el funcionario o autoridad vote a favor, ya haya habido la mayoría colegiada en favor de la concesión de la licencia.

---

<sup>758</sup> JAKOBS, *Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos*, cit., p. 77.

3. Es también indiferente, y la autoridad o funcionario responderá como autor, el momento en el que cada funcionario haya emitido el voto a favor, siempre y cuando se haya conformado la mayoría por la cual el órgano colegiado concede tal licencia injusta.

Desde otra perspectiva bien distinta, OCTAVIO DE TOLEDO<sup>759</sup> analiza la cuestión de la *minoría de votos favorables a conceder la licencia manifiestamente ilegal*, distinguiendo tres posibilidades:

- 1) Que los votos minoritarios se dirijan -en términos de *posible efectividad*- a la producción de la resolución injusta (por ejemplo, cuando pronunciado el voto minoritario y favorable a la concesión, todavía reste una mayoría por emitir su voto definitivo que acaba por ser adverso, estando por tanto ante ejemplo A antes citado). Aquí, según este autor, se estaría ante una tentativa de la conducta de coautoría prevista inmediatamente antes por el art. 329.2 (“hubiere resuelto”), dado que “*ex ante*” considerado, implica comienzo de ejecución, y tienden objetivamente a producir el resultado y como consecuencia necesaria, representan un peligro para el bien jurídico, siendo por lo tanto punible. Pero se trata -como se ha dicho- de una tentativa que la ley equipara a las conductas consumadas.
- 2) Que los votos minoritarios sean meramente testimoniales, es decir, que se emitan a sabiendas de su total ineficacia (piénsese por ejemplo cuando conformada ya la mayoría adversa a la concesión, se pronunciara el voto -o los votos- minoritarios y favorables a la concesión ilegal, en cuyo caso estaríamos ante el citado ejemplo B). Según OCTAVIO DE TOLEDO, aquí se estaría ante una tentativa aparente, inidónea e impune del tipo de coautoría previamente previsto por la ley: examinados los votos *ex ante* objetivamente no podrían producir nunca la resolución injusta (que sería la concesión de licencia ilegal). Igualmente de este intento de voto no le sería inherente peligro alguno que pudiera afectar a los bienes jurídicos tutelados. La emisión de este tipo de voto -minoritario y puramente testimonial- sería atípico ya que ni realmente son actos ejecutivos, ni *objetivamente* deberían producir el resultado. Por tanto, lo que se requiere según OCTAVIO DE TOLEDO es que el autor emita un voto favorable y “*objetivamente*” eficiente respecto a la injusta

---

<sup>759</sup> OCTAVIO DE TOLEDO, *Un ejemplo de norma jeroglífica: el art. 329 CP*, cit., RP, 2000, n.º. 3, pp. 21-22.

resolución y que lo haga a sabiendas de la injusticia indicada o encerrada en la dirección o sentido que tiene dicho voto<sup>760</sup>.

- 3) En este tercer supuesto, que es producto de combinar los dos anteriores, OCTAVIO DE TOLEDO toma en consideración la votación que puede darse en un órgano colegiado de 5 miembros: el primero de ellos emite voto favorable a la concesión de la licencia injusta a sabiendas de lo que hace; los tres siguientes votos son desfavorables a esa concesión; y el quinto y último -testimonial dada su nula trascendencia- vota también a favor de la concesión-resolución injusta. En este supuesto habría que calificar como tentativa legalmente equiparada a consumación la conducta de quien inicialmente vota a favor de la concesión de la licencia ilegal e injusta y considerar como tentativa inidónea e impune el último vota también favorable aunque testimonial e irrelevante a la resolución injusta, aunque incurra en una infracción administrativa disciplinaria del deber de contribuir al logro de resoluciones ajustadas a Derecho en el seno de los organismos colegiados por parte del quinto de los votantes.

#### **8.2.1.2. La problemática del “voto a favor” como conducta típica autónoma.**

Una vez realizado el análisis tanto del momento de la emisión del voto a favor por parte de los funcionarios colegiados, como del sistema de mayorías respecto a la concesión o denegación de las licencias ilegales relativas a la ordenación del territorio y medio ambiente, es preciso comprobar si esta conducta (votar a favor) es típica por sí misma (teniendo por ello un carácter autónomo) o por el contrario requiere de algo más.

---

<sup>760</sup> En un sentido parecido SILVA SÁNCHEZ refiriéndose al art. 329.2, último inciso, CP, considera, en *Los delitos contra el medio ambiente*, cit., pp. 161-162, que en la conducta del funcionario de votar a favor, debe realizarse un análisis o juicio “*ex ante* “. Solo debe ser punible la conducta de votar que -*ex ante*- muestra idoneidad para configurar la resolución autorizadora de las conductas contaminantes. El voto que -*ex ante*- carece de toda idoneidad para conformar resolución, no debe sancionarse. Por supuesto que este “votar a favor” ha de contener un riesgo penalmente relevante para el ambiente.

Según OCTAVIO DE TOLEDO<sup>761</sup>, la modalidad típica de los arts. 320.2, 322.2 y 329.2 CP -consistente en que como miembro de un organismo colegiado el funcionario público hubiese votado a favor de la concesión ilegal de la licencia a sabiendas de su injusticia- literalmente no parece requerir para su consumación la concurrencia de resolución alguna, coincidente o no con el sentido del voto que ha de emitir el autor, ni, por tanto, vinculación causal alguna entre dicho voto y la concesión de la licencia. En consecuencia, lo que realmente requeriría esta forma típica sería, tan sólo, que el autor emitiera un voto favorable a una ulterior resolución injusta, y que lo hiciera con conocimiento de la injusticia y del sentido que encierra ese voto. Por tanto, sería ya típico el hecho de que la autoridad o funcionario emitiera su voto favorable sin tener que esperar a la existencia de una ulterior resolución injusta, y que el sentido de su voto fuese doloso<sup>762</sup>.

DE VICENTE MARTÍNEZ<sup>763</sup>, refiriéndose al art. 320.2 CP, entiende que de acuerdo con el tenor literal de la norma, quien vota a favor de la concesión de la licencia injusta comete el delito aunque la licencia finalmente sea rechazada. Y ello porque este precepto anticipa la consumación del delito al momento en que el voto favorable ponga en peligro la ordenación del territorio establecida en las normas urbanísticas. Si el delito se consuma en el momento de dictar la resolución (el órgano unipersonal) o votar a favor de la concesión de la licencia contraria a las normas urbanísticas vigentes, no se puede excluir la tipicidad en supuestos de denegación mayoritaria de la concesión votada ya que el precepto no exige que se haya de conceder la licencia urbanística. Al respecto el problema estará en averiguar realmente si la falta de concesión de la licencia (*urbanística o ambiental*) ilegal puede poner en riesgo el correspondiente bien jurídico por mucho que una minoría haya votado a favor de su concesión.

En la misma línea, ALASTUEY DOBÓN<sup>764</sup> considera que en las conductas del último inciso del apartado segundo de los delitos objeto de estudio, es punible el mero hecho de votar a favor de dicha concesión, aunque la licencia no llegue a otorgarse

---

<sup>761</sup> OCTAVIO DE TOLEDO, *ob. ult. cit.*, pp. 21-22.

<sup>762</sup> OCTAVIO DE TOLEDO, *ob. ult. cit.*, p. 23.

<sup>763</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ, *La responsabilidad penal de la Administración urbanística: el párrafo 2º del art. 320 CP*, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, cit., 1998, p. 190.

<sup>764</sup> ALASTUEY DOBÓN, *El ámbito de aplicación del art. 329 CP: examen de sus conductas típicas*, RDPCr., 2ª. ep., nº. 9, enero 2002, p. 36.

porque la mayoría vote en contra. De esta forma se equipara la consumación -desde el punto de vista de la pena que se impone- a lo que materialmente es una tentativa.

Por su parte, BARRIENTOS PACHO<sup>765</sup>, refiriéndose al delito funcional contra la ordenación del territorio entiende que en estos casos, el voto favorable tampoco excluye la tipicidad en supuestos de denegación mayoritaria de la concesión votada, ni se precisa tampoco el que la construcción o edificación llegue a ser realizada.

Asimismo GÓMEZ TOMILLO<sup>766</sup> considera que el inciso final del apartado 2 del art. 320 CP no requiere la efectiva producción de un *resultado*, al menos no en forma de resolución/licencia, de manera que es suficiente con votar a favor, sin que se llegue a exigir en ningún momento que el acuerdo lesivo del ordenamiento jurídico se llegue efectivamente a adoptar. Coincide con los anteriores autores en el sentido de afirmar que se ha adelantado de tal forma la barrera de protección que en la práctica se ha elevado un comportamiento de tentativa (el *votar a favor* puede dar lugar a que se adopte la resolución o a que no se adopte por falta de los votos precisos) al rango de delito consumado.

También ACALE SÁNCHEZ<sup>767</sup> viene a afirmar que en la última conducta típica del art. 320.2 CP, literalmente no dice que se haya de conceder la licencia urbanística: se castiga por votar “a favor de su concesión”, pero no establece que sea necesario que por el juego de las mayorías la licencia se otorgue. Por ello, si no es necesario que exista una resolución injusta, ni siquiera en sede de punibilidad, sino que basta con votar a favor de su concesión, dichos artículos no contienen delitos de prevaricación especial en razón de la materia, puesto que para ello sería esencial una resolución injusta; no se presta atención (dentro de la tipicidad) a la resolución en sí misma considerada. El hecho de que posteriormente a la votación se concediese la licencia es intrascendente a estos efectos, ya que no cabría concurso de delitos entre el art. 320 CP y el 404 CP puesto que aquél ya inserta la pena de éste último.

Finalmente, RODRÍGUEZ PUERTA/VILLACAMPA ESTIARTE<sup>768</sup> Y DE LA CUESTA ARZAMENDI<sup>769</sup> entienden que la redacción actual de la conducta típica que analizamos

---

<sup>765</sup> BARRIENTOS PACHO, *Delitos relativos a la ordenación del territorio*, LL, 1996-6, p. 1560.

<sup>766</sup> GÓMEZ TOMILLO, *Urbanismo, función pública y Derecho penal*, cit., pp. 41 y 266.

<sup>767</sup> Vid ACALE SÁNCHEZ, *Delitos Urbanísticos*, cit., p. 357; también ACALE SÁNCHEZ, en *Responsabilidad del funcionario público y de la autoridad en el Tit. XVI del CP: Especial referencia al art. 320*, RPJ nº. 47, 1997, p. 139.

<sup>768</sup> RODRÍGUEZ PUERTA/VILLACAMPA ESTIARTE, *La responsabilidad penal del funcionario público en materia urbanística*, en *Nuevo Derecho penal español*, cit., 2001, pp. 1748 y 1749.



(voto a favor) permitiría llegar a castigar no sólo el hecho de otorgar mediante el sistema de mayorías la concesión manifiestamente ilegal de las licencias a las que se refieren los arts. 320, 322 y 329 CP, sino hasta participar a favor de su concesión en una votación que la rechaza.

En una posición diferente conviene señalar en primer lugar la interesante postura de MATA LLANES RODRÍGUEZ<sup>770</sup>, quien considera que hay que equiparar las dos conductas tipificadas en el apartado segundo de los arts. 320, 322 y 329 CP, es decir, la conducta de *haber resuelto* a favor de la licencia ilegal por parte del órgano unipersonal con la de *votar a su favor* por parte del órgano colegiado<sup>771</sup>. De este modo, la *ratio* del precepto debe ser, pese a que no se diga, que el resultado de la votación ha de culminar en la concesión de la licencia ilegal. Esta última conducta típica se refiere a los supuestos en que los votos a favor de la resolución ilegal fueren mayoría. Por tanto, hay que excluir la responsabilidad de la autoridad o funcionario público que habiendo votado a favor de la concesión ilegal de la licencia, ésta no se adopta por falta de la mayoría del órgano colegiado. Ello lo justifica esta autora afirmando que si se mantuviera una lectura estrictamente literal del precepto -en el sentido de llegarse a estimar punible la conducta del votante a favor de la concesión ilegal de la licencia independientemente de que ésta se obtuviese o no- habría que decir que no existiría posibilidad alguna de castigar ese comportamiento como una forma de participación en un delito ambiental (art. 325 CP) porque la conducta delictiva del particular no tiene vínculo alguno con una autorización, pues ésta no existe al no haberse aprobado. No habría manera de *imputar objetivamente* el resultado sobre el ambiente al acto de votar a favor de la concesión de una licencia ilegal. Asimismo, insiste que, en el caso de que se leyera el precepto desde un ángulo estrictamente formal y se entendiera que castiga el hecho aislado de votar a favor de la licencia ilegal, como dice el precepto, con independencia de la concesión o no de la licencia ilegal, podría calificarse, como una tentativa de prevaricación, lo cual supondría una disfunción penológica importante al favorecer una consideración igualitaria entre una auténtica coautoría (en caso de que se obtuviese la mayoría) y un caso de tentativa

---

<sup>769</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Cap. III, Tit. XVI, Libro II del NCP de 1995*, APen n.º. 15, 13 al 19 abril 1998, t. 1998-1, p. 303

<sup>770</sup> Vid. MATA LLANES RODRÍGUEZ, *Medio Ambiente y Funcionarios públicos. Análisis del tipo objetivo del art. 329 CP*, cit., pp. 374-380.

<sup>771</sup> Vid. también BOIX REIG, *Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente*, en DP PE, Vives Antón (Coord.), 2ª, ed., Valencia, 1996, p. 591.

(cuando no se concediese la licencia por falta de mayoría), rompiéndose así el equilibrio de desvalores que asume el art. 62 CP y castigando del mismo modo los casos de efectivo riesgo para el bien jurídico de aquellos en los que no se produjo.

Igualmente MILANS DEL BOSCH<sup>772</sup>, refiriéndose al último inciso del art. 322.2 CP, entiende que en este tipo penal se requiere que haya resultado vencedora la tesis de la concesión de la licencia o autorización para el derribo o alteración al que el precepto se refiere. Es decir, aunque se hubiere votado a favor “a sabiendas de su injusticia“, si los votos “en contra” hubieran sido mayoritarios no se comete el delito en cuestión, puesto que el delito se perfecciona por su carácter formal, en cuanto que posibilita, aunque no se consiga, el derribo o alteración que se castiga en el 321 CP<sup>773</sup>.

En la misma línea, GARCÍA PÉREZ<sup>774</sup> se plantea la cuestión de si la conducta última del art. 320.2 CP se agota simplemente con votar a favor, independientemente del resultado de la votación, o si por el contrario se exige también que ésta (votación) resulte favorable a la concesión de la licencia ilegal. Según este autor, no bastaría sólo con votar a favor, sino que sería preferible exigir que la votación resulte favorable al otorgamiento de la licencia. De otro modo, se estarían equiparando en este apartado conductas de distinta lesividad, al menos, para la Administración pública<sup>775</sup>. Se está ante la representación de una auténtica prevaricación cuya finalidad no es otra que la de determinar a quiénes se considera responsables de la resolución arbitraria cuando ésta se adopta en un órgano colegiado<sup>776</sup>. Para este autor, sin embargo, no es necesario que se hayan llevado a cabo las construcciones o edificaciones respecto a las cuales se ha concedido las licencias.

---

<sup>772</sup> MILANS DEL BOSCH, *Delitos sobre el patrimonio histórico*, en Derecho penal administrativo, cit., p. 230.

<sup>773</sup> Esta postura es difícilmente sostenible ya que el art. 322, apartados 1 y 2, CP en ningún momento hacen alusión a la conducta de “la concesión de licencias ilegales”.

<sup>774</sup> GARCÍA PÉREZ, *Algunas reflexiones sobre la denominada prevaricación específica del art. 320 CP*, en La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. LH-Cerezo Mir, cit., pp. 1272-1273 y 1275.

<sup>775</sup> Según GARCÍA PÉREZ, vid. *El tipo de las denominaciones específicas de los artículos 320 y 329*, en La Red: [http://www.isel.org/cuadernos2/legislacion/O\\_garcia.ht](http://www.isel.org/cuadernos2/legislacion/O_garcia.ht), p. 5, mientras en la primera alternativa (votar a favor con concesión de la licencia) tendríamos una prevaricación consumada, pues se ha llegado a dictar una resolución injusta, en la segunda (votar a favor con la denegación de licencia), estaríamos en presencia de una tentativa, puesto que, pese al voto favorable de algunos, no se llega a emitir dicha resolución.

<sup>776</sup> GARCÍA PÉREZ, *ob. ult. cit.*, p. 5.

Tampoco se puede obviar la posición de GÓRRIZ ROYO<sup>777</sup> quien entiende que en los casos de votos favorables a la concesión en minoría por parte del funcionario sin concurrir el otorgamiento de la licencia (ilegal), subsistiría un peligro abstracto para el bien jurídico cifrado en el correcto funcionamiento de la función pública, cabiendo acudir a la prevaricación genérica y descartar la responsabilidad de la autoridad o funcionario por la tentativa de los delitos del arts. 319 CP. En este caso, la posibilidad de admitir la tentativa de prevaricación común (art. 404) quedaría supeditada a la nada desdeñable cuestión de la prueba del dolo del funcionario que vota a favor de la concesión de una licencia contraria a Derecho.

Para finalizar MORALES PRATS/TAMARLT SUMALLA<sup>778</sup>, de manera amplia, manifiesta que, del tenor literal del art. 320.2 CP, no pueden extraerse conclusiones claras por lo que debe interpretarse sobre el caso concreto la conducta del voto a favor, de tal forma que se permita valorar correctamente la distinta trascendencia de estos comportamientos.

#### **8.2.1.3. Toma de postura y crítica respecto a la conducta típica del “voto a favor”.**

Cuando se hizo referencia a la técnica empleada por el legislador respecto a la configuración de los preceptos que se analizan, se afirmó estar ante delitos de peligro abstracto puros, en los que la simple realización por la autoridad o funcionario público de las conductas allí descritas ya era penalmente reprochable y punible. Igualmente se constató la conveniencia de que se hubiera tendido más hacia los llamados delitos de idoneidad o aptitud (que también son de peligro abstracto), en donde se fijase la necesidad de *un algo más* como elemento típico en relación con el bien jurídico que se intenta proteger. Pues bien, el que el legislador hubiera fijado

---

<sup>777</sup> GÓRRIZ ROYO *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., p. 310.

<sup>778</sup> MORALES PRATS/TAMARLT SUMALLA, *Comentarios arts. 320, 322 y 329 CP*, en ComCP, de Quintero Olivares/Morales Prats, 2001, p. 1540.

esta exigencia o *plus típico*<sup>779</sup> respecto a las conductas de “votar a favor” parece en la actualidad algo que se antoja como imprescindible para una correcta interpretación del último inciso de los preceptos que se analizan. No habiendo sido así, han devenido de inmediato enormes problemas interpretativos respecto al alcance que han de tener estos comportamientos. Independientemente de que estas conductas sean o puedan ser delitos en grado de tentativa que se penan como consumados, o que se traten de actos de participación elevados a nivel de autoría, el problema esencial a resolver en esta temática es doble: por una parte la cuestión del momento de la emisión del voto favorable por parte del funcionario, que resulta enormemente trascendente y, por otra parte, la relación causal entre dicho voto favorable y la concesión misma de la licencia ilegal por parte del órgano colegiado, que parece quedar fuera del elemento típico de los arts. 320.2 y 329.2 CP. Desde luego en la forma en que está redactado el inciso final del apartado dos de estos delitos (la conducta de “votar a favor”), es factible comprender que no se deba requerir ese nexo. En este sentido el legislador ha sido muy poco previsor pues no sólo no ha tenido en cuenta el estado de la cuestión por parte de la doctrina, sino que no se ha dado cuenta de que un voto a favor del funcionario tendente a la concesión de la licencia ilegal no supone *per se* que ésta se otorgue. Esta conducta tampoco puede tener, en mi opinión, la naturaleza de “prevaricación” ya que lo más característico de ésta es la existencia de una resolución administrativa injusta y, desde luego, el que vota a favor no emite ninguna licencia, sino que simplemente vota, aunque el conjunto de éstos votos - cuando sean mayoritarios- conlleve a la emisión de la licencia.

Pasando ya al citado problema procedimental, o momento de la emisión del voto a favor de la licencia, considero que la posición mantenida por JAKOBS<sup>780</sup> -y sustentada también en nuestro país por SUÁREZ GONZÁLEZ<sup>781</sup> o RODRÍGUEZ MONTAÑÉS<sup>782</sup>- es la más acertada y la que ha de seguirse, aunque eso sí con importantes puntualizaciones. Hay que tener en cuenta que la postura del Profesor alemán es emitida en

---

<sup>779</sup> En mi opinión hubiera sido mucho más acertado que el último inciso de los arts. 320.2, 322.2 y 329.2 CP se hubiera redactado así: “.....como miembro de un órgano colegiado hubiere votado a favor de su concesión, siempre que ésta se hubiera finalmente otorgado injustamente”.

<sup>780</sup> Vid. JAKOBS, *Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos*, cit., 1996, cit., pp. 75 y ss.

<sup>781</sup> Vid. SUÁREZ GONZÁLEZ, *Participación en las decisiones del consejo de administración de una sociedad y responsabilidad pena*, cit., 1994, pp. 39-59.

<sup>782</sup> Vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados*, cit., pp. 181 y ss.

relación a los delitos societarios (empresas) -y respecto a la adopción colectiva de acuerdos- sin tomar como referencia en ningún caso la tipificación expresa de una conducta como es *votar a favor*, recogida en los delitos objeto de este estudio. Es decir, JAKOBS parte en su análisis de posibles acuerdos empresariales antijurídico adoptados por mayoría (independientemente de que ésta sea unánime, suficiente o sobrecondicionada), pero su estudio no puede tomar, evidentemente, como referencia la existencia de la conducta típica de “votar a favor” que sí recogen los arts. 320.2, 322.2 y 329.2 CP<sup>783</sup>. Por tanto, hay que distinguir insistentemente entre la postura de JAKOBS y el derecho positivo de nuestro CP donde “votar a favor” aparece como conducta típica de los delitos analizados. Esto quiere decir que el posicionamiento de Jakobs es útil, respecto al inciso final de los arts. 320.2, 322.2 y 329.2 CP, sólo para los casos en que se ha otorgado la licencia ilegal por el órgano colegiado de la Administración y en lo referido a lo que podríamos llamar *momento procedimental*. En efecto, ciertamente debe entenderse como típica la conducta de la autoridad o funcionario público que vota a favor de la concesión ilegal cuando ésta ha sido concedida, independientemente del momento en el que emita su voto: dicho sujeto activo (funcionario público) responderá como autor de los delitos que se analizan si su voto positivo es realizado tanto antes de que se conforme la mayoría del órgano colegiado como cuando ésta ya está lograda y se ha concedido la licencia ilegal. Y esto debe entenderse así ya que se está contribuyendo *causalmente* del mismo modo -por parte de los que votaron antes o después- a dar vida al mismo y a que el acuerdo (licencia ilegal) esté en el mundo. Lo cierto es que lo existente es una licencia injusta que se ha adoptado con ese número de votos y que *todos* ellos han hecho posible su existencia y han contribuido a su producción (exteriorización), además, dolosamente. Debe entenderse que el acuerdo de concesión de la licencia ilegal sólo existe una vez que se ha producido el recuento de todos los votos y se pueda acreditar la mayoría tendente a conceder las licencias ilegales a las que se refieren los arts. 320.2, 322.2 y 329.2 CP<sup>784</sup>. Por esto mismo, en los casos de conce-

---

<sup>783</sup> Conviene insistir en que estos preceptos 320.2, 322.2 y 329.2 CP, respecto a los órganos colegiados, no tipifican la conducta de la adopción de la licencia ilegal por tales órganos, y menos la ejecución del acuerdo, sino que simplemente lo tipificado es “votar a favor”. Vid al respecto GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, *La responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa en delitos contra el medio ambiente*, LH- Rodríguez Mourullo, cit., 2005, pp. 1503 y ss.

<sup>784</sup> En este sentido se pronuncia por ejemplo el art. 98.5 del RD 2568/1986, de 28 de nov., aprobatorio del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, según el cual “inmediatamente de concluir la votación nominal, el secretario computará los sufragios

sión de la licencia ilegal, no se puede hablar de votos ineficaces o testimoniales, sino que todos los votos a favor configuran globalmente el acuerdo antijurídico y reproable.

Mucho mayor problema -por poder afectar de lleno al principio de ofensividad- acontece respecto a los casos en los que el funcionario público vota a favor de la ilegalidad pero luego, por el sistema de mayoría, la concesión de la licencia no es otorgada por quedar en clara minoría dentro del órgano colegiado. En este caso el comportamiento funcional también será típico -aunque considero que no debería serlo si el legislador hubiera sido mas cauteloso- ya que lo único que ha quedado tipificado es la simple actividad de “votar a favor” de la concesión de una licencia arbitraria, sin que haya quedado establecido el que tenga que concurrir ningún otro requisito más. Hay que tener en cuenta el texto del apartado dos de los delitos objeto de estudio. Éste recoge que “el funcionario que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado *hubiese resuelto o votado* a favor de su concesión.....”. Se puede comprobar que entre la resolución y el voto no se plasma ni el más mínimo vínculo, sino todo lo contrario: los separa de forma bastante contundente, estableciendo como exigencia única por parte del funcionario miembro del órgano colegiado la simple conducta de “votar a favor”. Asimismo se constata que la conducta de ese funcionario *colegiado*, en la citada redacción típica, sólo se puede vincular con la emisión de su voto favorable, el cual en sí mismo nunca acarreará “resolución” (solo supondrá colaboración en la misma). Es cierto que el servidor público que, conscientemente exterioriza su deseo de arbitrariedad y ataque a las *normativas ambientales* (en el sentido de recursos naturales, ordenación del territorio y patrimonio histórico), está haciendo peligrar o incluso lesionar *per se* tanto el correcto funcionamiento de la Administración pública como la confianza que la sociedad tiene depositada en ellos; pero también es cierto que al no haberse otorgado licencia ilegal alguna, ninguno de los tres bienes *colectivos-ambientales* son puestos en peligro por la conducta ilícita funcional. Por tanto, se está ante un comportamiento (votar a favor sin que devenga la licencia injusta) que es reproable al funcionario, pero cuya conducta se debería, en mi opinión, haber excluido de los arts. 320, 322 y 329 CP con una diferente redacción de sus segundos apartados, pues lo que esencialmente

---

emitidos y anunciará en voz alta su resultado, en vista del cual el Alcalde o Presidente proclamará el acuerdo adoptado”.

pretenden estos delitos es conservar correctamente nuestro *entorno* más significativo e importante, independientemente de que el correcto desempeño de la función pública se vea afectado y para lo cual -expresamente- de manera primordial ya hay asignado un título específico en el texto punitivo.

Tampoco se puede estar de acuerdo al respecto con la postura de OCTAVIO DE TOLEDO en el sentido de la necesidad de un juicio *ex ante* respecto a la emisión del voto a favor minoritario “o a la exigencia de una eficiencia objetiva para que ese voto pueda ser típico”. Lo que dicho autor está haciendo es exigir la producción de un cierto peligro efectivo (*resultado*). Desde luego estas exigencias en ningún momento se desprenden del contenido dado a la redacción de estos tipos penales. Habrá de entenderse que, como delito de peligro abstracto puro que es, la conducta de “votar a favor” no cabe entrar a analizarla en el segundo nivel de imputación, pues el resultado en estos tipos ha quedado obviado. La comisión de este tipo de delitos se fundamenta únicamente en la imputación de una conducta peligrosa. En ellos la producción de un peligro efectivo o eficiente no es en modo alguno necesario, pues lo que se castiga es la puesta en práctica de una conducta considerada peligrosa, sin necesidad de que se haga efectivo un peligro para el bien jurídico protegido: no requieren un contacto real y directo entre la conducta peligrosa y el objeto jurídicamente amparado por el Derecho penal. Por eso hay que estimar que la exigencia de una objetividad eficiente del voto a favor en relación a la resolución injusta debe descartarse por no figurar en el tipo penal.

Precisamente por todo lo manifestado es conveniente posicionarse con el sector doctrinal español que considera que, en la conducta de “votar a favor”, es típico *per se* el simple hecho de emitir el voto favorablemente, a sabiendas de la injusticia, aún incluso cuando el recuento pertinente conlleva al no otorgamiento de la licencia ilegal, afirmando esto plenamente consciente de que esta postura supone una cierta inofensividad respecto a los intereses que se pretenden amparar en gran medida, cuales son la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y el medio ambiente. Por eso también habrá que manifestar sin reparos -nuevamente- que el legislador no estuvo nada afortunado al tipificar el apartado dos de los artículos que se analizan como delitos de peligro abstracto puro, sino que tenía que haberlos configurado como delitos de idoneidad o peligro hipotético en donde se hubiera requerido un “algo más” aparte de la simple realización de la conducta de votar a favor.

Es también necesario efectuar algunas matizaciones respecto a la posición de MATELLANES. Afirmaba esta autora que si se llegara a estimar punible la conducta del votante a favor de la concesión ilegal de la licencia, aunque ésta no se obtuviese, no habría posibilidad alguna de castigar ese comportamiento como una forma de participación en un delito ambiental porque la conducta delictiva del particular no tiene vínculo alguno con una autorización, no habiendo manera de imputar objetivamente el resultado sobre los *bienes ambientales* aludidos al acto de votar. Sin embargo, en mi opinión este posicionamiento solo es cierto parcialmente. Efectivamente en ese caso no podría ser el funcionario público partícipe del art. 325.1 CP en relación al particular que cometiese este delito ecológico por no existir la licencia injusta, no siendo factible para el funcionario la aplicación de una relación concursal entre los arts. 325.1 y 404 CP. Sin embargo, sí que se le podría imputar un delito del art. 329 CP ya que el legislador ha tomado y elevado la conducta de *votar a favor* como una conducta de autoría y no de participación en otro hecho principal. El votar a favor no requiere resultado alguno ya que se trata de un delito de mera actividad, y por ello respecto a la imputación objetiva en el 329 CP sólo es trascendente la imputación de la conducta peligrosa. En lo que también lleva razón MATELLANES es en que se produce una disfunción penológica importante al favorecer una consideración igualitaria entre una auténtica coautoría (en caso de que se obtuviese la mayoría) y un caso de tentativa (cuando no se concediese la licencia por falta de mayoría), rompiéndose así el equilibrio de desvalores que asume el art. 62 CP y castigando del mismo modo los casos de efectivo riesgo para el bien jurídico de aquellos en los que no se produjo. Desde luego no se debería castigar de la misma forma a quien realiza una conducta que, al fin y al cabo -si no se otorga la licencia-, sólo va a afectar a un bien jurídico (el correcto ejercicio de la función pública), con aquella misma conducta que, por otorgarse la licencia ilegal al haberse alcanzado la mayoría necesaria, suponga una afección de dos bienes protegidos (el de la “función pública” y el “*ambiental*” en sentido amplio).

### **8.2.2. Variantes a la “votación a favor”.**

En los apartados segundos de los artículos estudiados en el presente trabajo, en su último inciso, el legislador solamente recogió como típica la conducta del “voto a



favor” de la concesión de una licencia ilegal (por arbitraria). Sin embargo, la doctrina española, con gran acierto, ha advertido una serie de variantes distintas a ese voto que no pueden hacerse pasar por alto y que deben ser analizados para comprobar si son típicos o, por el contrario, hay que excluir su tipicidad.

Téngase en cuenta que dentro de la dinámica y funcionamiento de un órgano colegiado de la Administración del Estado (ya sea local, autonómico o estatal) pueden ser muy versátiles los comportamientos que pueden efectuar las autoridades y funcionarios públicos, y que pueden ir desde su ausencia o no para configurar la existencia o no del *quórum* necesario para que la votación se lleve a cabo, hasta su abstención, pasando por otras situaciones reales que pueden acontecer como son la adopción del acuerdo ilegal por asentimiento o a través del voto secreto; todo ello sin olvidar las posibilidades de emitir votos en contra, nulos o en blancos. Sobre todo ello irán dirigidas las reflexiones que a continuación se detallan.

#### **8.2.2.1. La abstención de la autoridad o funcionario a los efectos de los delitos analizados.**

En primer lugar ha de hacerse referencia a la posibilidad de si la autoridad o el funcionario público tienen esta capacidad de abstenerse en las votaciones que tuvieren lugar cuando, como miembros, forman parte de un órgano colegiado. Como principio general hay que mantener -por la posición que ocupan- que estos sujetos siempre deben pronunciarse -al emitir su voto- claramente en contra de cualquier pretensión que acarree una infracción burda del ordenamiento jurídico. No obstante, sobre esta cuestión, la normativa administrativa es un tanto contradictoria. Así el art. 24.1 c) de la LRJAP y PAC establece que “no podrán abstenerse en las votaciones quienes por su cualidad de autoridades o personal al servicio de las Administraciones públicas, tengan la condición de miembros de órganos colegiados”. Por el contrario, el art. 27.4 de la misma Ley establece que “cuando los miembros del órgano colegial voten en contra o se abstengan quedarán exentos de la responsabilidad que pudiera derivarse de los acuerdos“. Igualmente los arts. 46.2 d) de la Ley 7/85, de 2

de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local y 101 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, sí que permiten la abstención de los funcionarios como miembros de los órganos colegiados de dichos Entes locales. Por tanto, desde un punto de vista administrativista es difícil pronunciarse sobre esta posibilidad abstencionista, aunque guiándome por estas dos últimas disposiciones citadas no debería rechazarse esta opción funcionarial, sino todo lo contrario.

Al respecto, MUÑOZ CONDE<sup>785</sup> critica la no tipificación en estos artículos de la conducta abstencionista de la autoridad o funcionario público, ya que puede dar lugar a resultados injustos, como, por ejemplo, la impunidad de quien, como miembro de un órgano colegiado, se limita a no votar, permitiendo simplemente que por el resto de los votos se consiga la licencia ilegal<sup>786</sup>.

Por su parte, RODRÍGUEZ PUERTA/VILLACAMPA ESTIARTE<sup>787</sup> entienden que la abstención en la votación no merece reproche penal alguno puesto que de admitirse su sanción, porque así lo dispusieran los arts. 320, 322 ó 329 CP, se estaría castigando el mero deseo, el pensamiento, puesto que la conducta externa llevada a cabo por el sujeto -abstención en la votación- no supondrá voluntad lesiva alguna.

Según TERRADILLOS BASOCO<sup>788</sup> quien se abstiene de votar dentro de un órgano funcionarial colegiado, no vota a favor: sin embargo, esta lamentable laguna punitiva de estos preceptos penales no quiere decir que esta abstención sea impune, ya que aquélla es perfectamente compatible con conductas punibles de inducción al voto ajeno o cooperación en el mismo<sup>789</sup>. Incluso puede entenderse, según este último

---

<sup>785</sup> MUÑOZ CONDE, *DP PE*, 16ª, 2007, p. 557.

<sup>786</sup> En sentido parecido, GÓMEZ RIVERO lamenta, en *Algunos aspectos de la responsabilidad de los Funcionarios en materia ambiental*, LL, 1996-4, p. 1243, que el precepto se limite a incriminar la conducta de la autoridad o funcionario que vota a favor de la concesión injusta de la licencia, olvidando la conducta omisiva del que, consciente de que su voto no es necesario para adoptar el acuerdo en el juego de las mayorías (y por lo tanto sí que sería necesario para rechazar la licencia ilegal), se limita a abstenerse en la votación.

<sup>787</sup> RODRÍGUEZ PUERTA/VILLACAMPA ESTIARTE, *La responsabilidad penal del funcionario público en materia urbanística*, en *Nuevo Derecho penal español*, LH-Valle Muñiz, cit., 2001, p. 1750.

<sup>788</sup> TERRADILLOS BASOCO, *La responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente*, EPC, t. XX, 1997, p. 326.

<sup>789</sup> En sentido similar se encuentran: MILANS DEL BOSCH el cual considera, en *Delitos sobre el patrimonio histórico*, en *Derecho penal administrativo*, cit., p. 230, que estas conductas de abstención podrían encuadrarse en el tipo del art. 322.2 CP a título de participación por omisión; igualmente SUÁREZ GONZÁLEZ considera, en *Comentario al art. 320 CP*, en *ComCP de Rodríguez Mourullo/Jorge Barreiro* 1997, p. 917, que la abstención no es típica, aunque es imaginable casos en que la abstención es equiparable al hecho de votar a favor; por su parte DE VICENTE MARTÍNEZ entiende, en *La responsabilidad penal de la Adminis-*

autor, que quien debiendo *votar en contra* no lo hace, con consciencia de que el sentido de la votación será, por ello, favorable a la concesión ilegal, reúne todos los requisitos para la aplicación del art. 11 CP.

Por último, FALCON CARO<sup>790</sup> considera que abstenerse es “no votar”<sup>791</sup> y no debe olvidarse que no votar es una forma inequívoca de emitir la manifestación de voluntad desvalorada por la norma penal, susceptible de determinar por omisión el sentido de la voluntad personal.

En cualquier caso la doctrina española<sup>792</sup> viene entendiendo mayoritariamente atípico este comportamiento abstencionista de la autoridad o funcionario público.

En mi opinión no le faltan razones a MUÑOZ CONDE Y GÓMEZ RIVERO, entre otros, para reclamar la tipificación de conductas -dolosas- abstencionistas en los supuestos que se analizan por parte de las autoridades o funcionarios públicos. Éstos deben estar inexcusablemente a favor de la legalidad y por el estricto cumplimiento de la normativa del momento, pues así se lo exige la propia CE. Los servidores públicos son valedores y garantes de los intereses que se indican en los arts. 45 y 46 de la CE y nunca deberían abstenerse ante algo (como es la concesión de una licencia ilegal) que se considera groseramente arbitrario y que tiene tanta trascendencia para dichos “bienes”.

---

*tración urbanística: el párrafo 2º. del art. 320 CP*, en Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, cit., 1998, p. 188, que la abstención es atípica aunque en el art. 320.2 hay una laguna de punición respecto a la abstención. De todas las formas el que se abstenga puede no quedar impune: puede ser considerado inductor al voto ajeno o cooperador en el mismo; por último, SILVA SÁNCHEZ entiende, en *Los delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 162, que el hecho de no votar a favor en una determinada licencia que entraña un riesgo penalmente relevante para el ambiente no implica que el sujeto que se abstiene quede con ello exento por completo de toda responsabilidad. Al contrario, si, pese a su inhibición formal, ha contribuido materialmente a la producción del delito, será posible calificar su conducta de participación por cooperación necesaria en el delito del art. 329 CP (en la modalidad típica de “autorización”) o, en su caso, a partir de lo indicado en otro lugar, en el propio art. 325 CP (en la modalidad típica de “provocación”).

<sup>790</sup> FALCON CARO, *Responsabilidad penal del Funcionario. Art. 329 CP*, CPC, nº. 66, año 1998, p. 682.

<sup>791</sup> Se plantea aquí la difícil cuestión de si “abstenerse” es votar o no votar. En este sentido alguna normativa administrativa es un tanto perniciosa; así el art. 101 del RD 2568/1986, de 28 de nov., aprobatorio del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales entiende la abstención como una “votación ordinaria”.

<sup>792</sup> Por todos, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal de la administración urbanística: el art. 320 CP*, AJ, nº. 270, 21 de noviembre de 1996, p. 3; MORALES PRATS/TAMARLT SUMALLA, *Comentarios arts. 320, 322 y 329 CP*, en ComCP de Quintero Olivares/Morales Prats, 2008, t. III, pp. 80 y ss.; MATELLANES RODRÍGUEZ, *Medio ambiente y funcionarios públicos*, cit., p. 378; GUIASOLA LERMA, *Delitos contra el patrimonio cultural: arts. 321 a 324 CP*, cit., p. 575; GARCÍA PLANAS, en *El delito urbanístico (delitos relativos a la ordenación del territorio)*, cit., p. 102; y RODRÍGUEZ PUERTA/VILLACAMPA ESTIARTE, *La responsabilidad penal del funcionario público en materia urbanística*, en Nuevo Derecho penal español, LH-Valle Muñiz cit., 2001, p. 1750.

Sin embargo, considero que debe advertirse que estos sujetos funcionariales, en la redacción actual de los arts. 320.2, 322.2 y 329.2 CP, no pueden ser responsables a título de autor de la conducta que se analiza, ya que ésta requiere no sólo el hecho de “votar”, sino que éste sea *favorable* en el sentido de concederse la licencia ilegal por parte del órgano colegiado de la Administración. Ello no obsta a que pueda existir una responsabilidad a título de partícipe de estos funcionarios puesto que con la abstención se puede estar “ayudando” claramente -en cierto grado y determinadas circunstancias y siempre que sea dolosamente- al hecho mismo de la concesión ilegal de una licencia<sup>793</sup>. Ahora bien, para que esta participación del funcionario en el hecho principal (concesión de la licencia injusta) fuese factible se necesitarían dos requisitos esenciales: el primero sería que por el sistema de mayorías se hubiese otorgado la licencia ilegal (si no se otorgase la licencia no podrá haber participación del funcionario abstencionista); y en segundo lugar que esta conducta abstencionista fuese dolosa en el sentido que se conociere y consintiere que con su “pasividad” se estaba permitiendo un hecho injusto y manifiestamente arbitrario que pone en riesgo una serie de intereses esenciales para la comunidad.

#### **8.2.2.2. El asentimiento en el órgano colegiado a los efectos de los delitos analizados.**

Desde el punto de vista literal *asentimiento* es consentimiento, mientras que asentir es “*admitir* como cierto o conveniente lo que otro *ha afirmado o propuesto antes*”<sup>794</sup>. Y este es el sentido que la normativa administrativa -especialmente en el ámbito local- otorga al citado concepto, en cuanto que es considerado como una

---

<sup>793</sup> No hay más que imaginarse un órgano colegiado local formado por siete funcionarios, tres de ellos votan a favor de la concesión de la licencia ilegal, dos votan en contra y los otros dos últimos se abstienen. Es evidente que la licencia ilegal se habría concedido gracias a esas dos abstenciones. Si esos votos abstencionistas hubieran votado en contra de conceder la licencia ilegal -como era su obligación- la licencia nunca se hubiera podido conceder. Téngase en cuenta que por regla general las Corporaciones Locales adoptan sus acuerdos por mayoría simple de los miembros presentes. Véase art. 99.1 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de nov., aprobatorio del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales

<sup>794</sup> Véase Diccionario de la RAE, 21ª ed. 1992, t. I, p. 120.

forma de votación ordinaria<sup>795</sup>. El asentimiento de los miembros del órgano colegiado supone, sin duda, una votación informal o lo que es lo mismo una votación no nominal<sup>796</sup>. En mi opinión el asentimiento implica claramente la voluntad de realización del acuerdo (concesión de licencia ilegal) y dicha manifestación cognitiva (y volitiva) es equivalente a la votación favorable, aunque implícita, de la resolución injusta<sup>797</sup>. Así pues, considero que este comportamiento debe ser típico y punible al amparo de los últimos incisos de los artículos 320.2, 322.2 y 329.2 CP en cuanto que este asentimiento en el órgano colegiado administrativo -que tiende a conceder una licencia fraudulenta- supone que sus miembros (funcionario o autoridad) han dado su respaldo a favor y de forma unánime a esa ilicitud; y en consecuencia todos serán responsables a título de autores. En mi opinión, el asentimiento es una forma informal de votación favorable. En esta línea viene pronunciándose mayoritariamente la doctrina española<sup>798</sup>.

Por el contrario, otro sector minoritario de la doctrina española<sup>799</sup> afirma que el asentimiento de las autoridades o funcionarios del órgano colegial para otorgar una licencia ilegal es impune, pues consideran que este sistema de adopción de acuerdos no cumplimenta la exigencia de haber votado *a favor*. Es decir, dicho sector doctrinal distingue entre el acto formal de la votación *versus* aprobación por asentimiento. Este posicionamiento me parece equivocado puesto que el asentimiento supone votar o conformarse en pro de la resolución ilegal, aunque eso sí, de manera informal.

---

<sup>795</sup> Compruébese art. 101 del RD 2568/1986, de 28 de nov., aprobatorio del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales.

<sup>796</sup> Téngase en cuenta que en la normativa local no se exige que las votaciones deban ser nominales sino que pueden ser por asentimiento según se desprende de arts. 46.2.d) de la Ley de Bases del Régimen Local y 101 y 102.1 del ROF. Es más, según el art. 102.2 del citado ROF (Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales), para que la votación sea nominal es preciso que así se decida por mayoría simple y a propuesta de un grupo municipal.

<sup>797</sup> HERNÁNDEZ ALONSO, *Prevaricación específica de funcionario público en el área medioambiental*, APen, nº. 9, 1999, t. I, p. 197.

<sup>798</sup> Entre otros, DE VICENTE MARTÍNEZ, *La responsabilidad penal de la administración urbanística: el párrafo 2º del art. 320 CP*, en Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, cit., 1998, p. 189; GARCÍA PÉREZ, *Algunas reflexiones sobre la denominada prevaricación específica del art. 320 CP*, en La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, LH-Cerezo Mir, cit., 2002, p. 1274; HERNÁNDEZ ALONSO, *ob. ult. cit.*, p. 197; TERRADILLOS BASOCO, *La responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente*, EPC, t. XX, 1997, p. 326.

<sup>799</sup> por todos, MORALES PRATS/TAMARIT SUMALLA, *Comentario al art. 320 CP*, en ComCP de Quintero Olivares/Morales Prats, 2008, t. III, p. 95; y MATELLANES RODRÍGUEZ, *Medio ambiente y funcionarios públicos*, cit., p. 380.

### 8.2.2.3. La ausencia en la votación de la autoridad o funcionario a los efectos de los delitos analizados.

La problemática de la “ausencia” de la autoridad o funcionario público en el hecho mismo de votar, cuando se va a llevar a cabo la votación relativa a la concesión o no de ciertas licencias ilegales (urbanísticas o medio ambientales), ha sido escasamente tratada por la doctrina española. Se estaría ante una conducta claramente omisiva del empleado público -cuyo comportamiento sería claramente inapropiado ya que éste tiene el deber específico de velar *activamente* por el respecto a la legalidad vigente- que puede acarrear consecuencias negativas no sólo para el correcto desempeño de la función pública, sino también para los tres bienes o intereses *ambientales* a los que van referidos los delitos estudiados. En primer lugar hay que manifestar que, al menos respecto a lo que se refiere la normativa administrativa local o municipal, se produce una equiparación entre la abstención con la ausencia en la votación del funcionario o autoridad como miembro del órgano colegiado<sup>800</sup>.

Desde luego, al igual a como acontecía en la cuestión de la abstención, el funcionario que se ausenta difícilmente puede ser autor del delito del inciso último de los arts. 320.2, 322.2 y 329.2 CP ya que no está votando *a favor* de la resolución ilegal, que es la exigencia típica necesaria. Pero, estos sujetos no siempre tienen porqué quedar exentos de responsabilidad penal puesto que, a veces, esta ausencia funcional es el acto necesario sin el cual no se hubiera cometido el delito. Ahora bien, para que este miembro *ausentado* del órgano colegiado incurra en responsabilidad penal -sólo a título de partícipe de un hecho principal que sería el cometido por los que votaron a favor de la resolución injusta y la lograron- será imprescindible que la resolución-licencia se haya adoptado por parte de los funcionarios presentes y que la referida ausencia haya hecho posible o facilitado la comisión del delito y, tratándose de una responsabilidad que sólo puede ser dolosa, que dicha ausencia esté

---

<sup>800</sup> En efecto el art. 100.1 párr. 2º. del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales (ROF) establece que “*a efectos de la votación correspondiente se considerarán que se abstienen los miembros de la Corporación que se hubieren ausentado del salón de sesiones una vez iniciada la deliberación del asunto y no estuviesen presentes en el momento de la votación. En el supuesto de que se hubiesen reintegrado al salón de sesiones antes de la votación podrán, desde luego, tomar parte en la misma*”.

preordenada a tal fin<sup>801</sup>. De ahí la dificultad que existirá para que el empleado público ausente voluntariamente pueda incurrir en responsabilidad como partícipe, ya que difícilmente se podrá probar este último extremo.

#### **8.2.2.4. El Voto en contra, nulo o en blanco y el voto secreto de la autoridad o funcionario a los efectos de los delitos analizados.**

El voto contrario a la concesión de una licencia ilegal por parte de la autoridad o funcionario público nunca podrá ser típico en los delitos que interesan, no sólo porque es la conducta opuesta a la indicada en el apartado 2 de los artículos objeto de estudio, sino también porque, con esos pronunciamientos, los empleados públicos están actuando según le exige el ordenamiento jurídico. Es decir, se están comportando como garantes y veladores de los esenciales intereses mencionados en los arts. 45, 46 y 47 CE. El voto contrario del funcionario será en todo caso atípico pese a que éste supiese que finalmente la licencia se obtendría por alcanzarse la mayoría necesaria en el escrutinio, ya que lo expresado a través del mismo sería el deseo de que no se obtuviera esa resolución ilegal con independencia del resultado de la votación.

Tampoco pueden ser subsumibles en estos tipos penales las conductas funcionariales de votar en contra de la concesión de una *licencia legal*. Como afirman RODRÍGUEZ PUERTA/VILLACAMPA ESTIARTE<sup>802</sup> este supuesto sólo podría penalizarse, en su caso, por la vía del art. 404 CP.

En cuanto al voto nulo o en blanco por parte del funcionario o autoridad que actúa como miembro de un órgano colegiado de la Administración se estaría, en mi opinión, ante un supuesto de difícil contemplación. Sin embargo, es obligatorio hacer una breve referencia a la cuestión. En primer término la normativa administrativa de ámbito estatal establece como principios generales que la adopción de acuer-

---

<sup>801</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, *Consideraciones político-criminales sobre delitos societarios*, ADPCP (1984), t. XXXVII, p. 687.

<sup>802</sup> RODRÍGUEZ PUERTA/VILLACAMPA ESTIARTE, *La responsabilidad penal del funcionario público en materia urbanística*, en Nuevo Derecho penal español, LH-Valle Muñiz, 2001, cit., p. 1750.

dos se producirá mediante votación ordinaria (por asentimiento, disentimiento o abstención) salvo que el propio órgano acuerde, para un caso concreto, la votación nominal<sup>803</sup>. En este último caso, cada miembro, una vez llamado por el Presidente, responderá en voz alta: *sí, no o me abstengo*<sup>804</sup>, quedando excluido, al menos expresamente, el voto nulo o en blanco. En este caso, es inimaginable un voto en blanco en una votación ordinaria o nominal y muy difícil la existencia de un voto nulo (pensemos, por ejemplo, el supuesto de un voto nominal *condicionado* por parte del funcionario público); en este último caso, que resulta harto improbable que acontezca, esta conducta sería atípica a título de autoría, aunque podría, en su caso, concurrir algún tipo de participación funcional en la forma mencionada para los casos de abstención o ausencia funcional.

La votación secreta en el órgano colegiado administrativo sí que está prevista en nuestro ordenamiento administrativo -normativa estatal-, aunque muy limitadamente<sup>805</sup>, siempre y cuando que ese órgano colegiado así lo acordase por mayoría absoluta de sus miembros. No obstante, las materias y contenidos sobre las que caben estas votaciones secretas (derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen o elección o destitución de personas) excluyen su uso para los supuestos contemplados en el apartado 2 de los arts. 320, 322 y 329 CP.

También hay que hacer alguna breve referencia a estos supuestos de las votaciones secretas para los casos en los que alguna normativa autonómica las admitiesen de forma mucho más amplia a como lo hace la normativa estatal, y en relación a los ámbitos *ambientales* que nos interesan. En estos casos sólo cabría la responsabilidad penal de todos los miembros del órgano colegiado, presentes y que emitieran voto, si por unanimidad éste hubiese adoptado el acuerdo de conceder dolosamente la licencia ilegal: en este caso se sabría cual ha sido el voto de cada uno de ellos (que hubiera sido a favor). Por el contrario, si no se hubiere alcanzado esa unanimidad (por

---

<sup>803</sup> Vid. art. 46.2 c) párr. 3º. de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local.

<sup>804</sup> Vid. art. 101 del RD 2568/1986, de 28 de nov., sobre el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales (ROF).

<sup>805</sup> Así por ejemplo el art. 70.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local establece la posibilidad de la votación secreta cuando el órgano colegiado lo acuerde por mayoría absoluta y pueda afectar al derecho fundamental de los ciudadanos del art. 18.1 de la CE (derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen); igualmente el art. 102.3 del ROF establece que la votación secreta solo puede utilizarse para la elección o destitución de personas.



comprobarse en el recuento de la votación la existencia de un solo voto en contra o bien por existir algún voto nulo o en blanco, perfectamente factible en la votación secreta), habría que eximir de responsabilidad a todas las autoridades o funcionarios colegiados, incluso aún en el supuesto de que finalmente se otorgase la licencia ilegal, y esto tendría que ser así ya que nunca se podría individualizar al sujeto que no hubiera votado a favor de la resolución ilegal al haber sido secreta la votación.

## 9. Recapitulación.

Una vez analizados cada uno de los elementos objetivos *comunes* de los apartados uno y dos de los delitos funcionariales objeto de estudio, es necesario hacer un balance de los mismos tendente a comprobar como ha quedado la cuestión desde mi punto de vista.

El legislador ha utilizado un tipo de accesoriedad excesivamente extrema en relación con los delitos funcionariales específicos que se estudian, lo cual, en mi opinión, es inapropiado pues hubiera sido mucho más acertado fijar el sistema de secundariedad relativa en donde quedase fijado mínimamente la necesidad no sólo de la realización de la acción típica, a través de la infracción administrativa, sino algún otro elemento objetivo que supusiese una puesta en peligro del bien amparado, al menos hipotéticamente. En la forma en que están tipificados estos delitos basta que el funcionario público o autoridad informen (cuestión éste regulada por el Derecho administrativo) o resuelvan licencias injustas (aspectos también administrativizados) contra lo que disponga la normativa administrativa (en sus diversos ámbitos comunitario, estatal o autonómico) para los campos relativos a la ordenación del territorio, el patrimonio histórico o el medio ambiente, para que la comisión de este tipo de delitos funcionariales se produzca, siempre y cuando se haga dolosamente. Ello hace a estos delitos demasiado dependientes de la accesoriedad administrativa lo cual debería corregirse.

Estos tres tipos penales son *delitos especiales propios* derivados del deber de garantías de los funcionarios públicos. Sólo pueden ser sujetos activos las autoridades

des o funcionarios públicos bien como personas físicas o bien como miembros de órganos colegiados, en detrimento de los “facultativos” y de los “organismos otorgantes”, respectivamente, que aparecían en anteriores proyectos o anteproyectos del CP. Conviene destacar el carácter penal autónomo del concepto “funcionario público” o “autoridad” respecto al del Derecho administrativo y ello precisamente por las pautas o criterios marcados en el art. 24 CP. Es obvio que estos delitos no pueden desvincularse de lo que es la participación funcionarial en la función pública entendida también con un carácter penalmente autónomo. Esta exigencia funcionarial participativa, con la normativa penal actual, no puede entenderse como una mera colaboración o cooperación accidental en tareas de apoyo al desarrollo de la función pública, sino que ha de suponer ejercicio auténtico de la misma, como titular de dicha función, con todas sus connotaciones, consecuencias, y grados de responsabilidad. En este sentido no puede equiparse funcionario público con función pública, ya que mientras que el primero siempre desempeña esa función, ésta no siempre tiene por qué venir desempeñada por los funcionarios.

Por tanto, los sujetos activos a los que van dirigidos estos tipos penales son aquellas personas cuya actividad se centra en el desarrollo de la función pública encaminada a garantizar y velar por los bienes enunciados en el Título XVI del Libro II CP bien a través de la emisión de informes, bien a través de la concesión de licencias o, en su caso, a través de las inspecciones relatadas en el art. 329 CP.

El legislador ha distinguido en estos tipos penales entre autoridades o funcionarios públicos. El primero de ellos reúne la condición de funcionario público -durante el tiempo que dure su designación- y se caracteriza por la ostentación de mando y ejercicio de jurisdicción propia. Entre ellos habrá de incluirse tanto a los Concejales como a los Tenientes de Alcaldes y a los Decanos de los Colegios Profesionales.

La determinación jurídico-penal del funcionario público, como concepto más amplio al asignado por el Derecho administrativo, debe regirse por su relación funcional específica. Se puede afirmar que el citado art. 24-2 CP (cuando exige un título en sus diversas formas y la necesidad de una participación en el ejercicio de las funciones públicas) no aporta por sí mismo una noción penal del funcionario, sino que lo que se pretende es un ajuste respecto a lo que interesa que sean los funcionarios públicos a los efectos penales: sólo es posible saber quien es funcionario público en Derecho penal cuando se acude a una reinterpretación de cada uno de los términos

en que se descompone el citado art. 24.2 CP. En este sentido se vienen utilizando criterios expansivos tanto por la jurisprudencia como por la doctrina científica, debiéndose incluir dentro de este concepto, al menos, a los denominados funcionarios interinos y a los contratados administrativamente. Habría igualmente que reputar como “funcionarios” a los Diputados de las Juntas de Gobierno de los Colegios profesionales en tanto que son nominados por elección *legal* y participarían en el ejercicio de las funciones públicas cuando la Administración les encargase emitir un informe relativo a alguna de las tres materias *ambientales* que interesan, y siempre que actuasen como representantes de la Corporación profesional. Por el contrario, no podrá identificarse como funcionario público al personal laboral, al personal de empresas privadas concesionarias de servicios público o participado con capital del Estado, al personal de las Entidades privadas Colaboradoras de la Administración (ECAs) y a los expertos o asesores externos-independientes o a los vinculados por arrendamientos de servicios con la Administración Pública por no cumplimentar mínimamente las exigencias del art. 24.2 CP. Respecto a este personal no funcional, propiamente dicho, sería necesario revisar éste último precepto a fin de introducir un mayor rigor en el concepto de *función pública*, en donde se introduzca -para no incurrir en interpretaciones gramaticales extensivas- lo que hoy en día son “formas flexibles de administrar” (gestión de servicios por parte de la Administración mediante la creación de sociedades mercantiles), esto es, la aplicación del estatuto penal de la función pública a todas las entidades instrumentales o colaboradoras de la Administración que desempeñen en todo o en parte funciones públicas e independientemente de que adopten o no una forma jurídica pública.

Respecto de la actividad privada del funcionario o autoridad cabe señalar que la cualidad funcional no acompaña al sujeto como estatuto personal y, por tanto, los informes favorables que pudiese emitir en su actividad particular ajena a la pública quedarán al margen de la autoría de los arts. 320, 322 y 329 CP. De todas formas es evidente que debería evitarse -con carácter preventivo- este tipo de comportamientos y precisamente a ello tiende la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Tampoco puede olvidarse la posibilidad real existente de que estos sujetos específicos actuasen al margen de sus competencias bien porque su *status* funcional estuviese viciado (absoluta o relativamente), bien porque invadieren funciones de

otros funcionarios *ambientales*. En estos casos todos los informes a favor o concesiones de licencias llevados a efecto por ellos con anterioridad a la comprobación de la existencia del supuesto vicio que constituyese la “incompetencia relativa” del funcionario público o autoridad, sí que podrán considerarse subsumibles en los delitos 320, 322 y 329 CP. Igualmente el funcionario competente que invadiere competencias específicas de cualquier otro en las materias *ambientales* que nos interesan, también deberá responder por las conductas establecidas en los artículos que se estudian.

Por lo que se refiere el sujeto pasivo de estos tres delitos objeto de estudio, cabe indicar que será la *colectividad*, es decir, el conjunto de habitantes del lugar donde se ha cometido el delito y, precisamente por ello, recae sobre la misma la legitimación procesal de la acción popular constitucionalmente amparada por su art. 125 CE.

En cuanto al elemento típico de la *injusticia* debe medirse en función de patrones objetivos como es la adecuación o no del precepto al ordenamiento jurídico y, por ello, ha de vincularse a un elemento externo como es una resolución (o, en su caso, como acontece en la temática que se estudia, a un informe favorable o licencia). Considero que esta “injusticia” no debe adecuarse a una actitud o a un comportamiento personal: no deben prevalecer parámetros subjetivos. Por ello, licencias o informes a favor injustas/os han de ser actos administrativos que se aparten de la legalidad y de los principios constitucionales de imparcialidad, interés general y objetividad y que a la vez sean evidentes, flagrantes o manifiestos (*plus* de antijuridicidad). Igualmente en la injusticia (o la ilegalidad manifiesta en el art. 329 CP), lo que subyace es su carácter arbitrario.

En lo referido a la primera conducta de estos delitos -informe favorable ilegal y doloso- lo primero que se comprueba es que han de realizarse a título individual y no por órganos colegiados. Estos informes a favor, como dictamen y acto administrativo que son, y cuya pretensión es la de ilustrar al órgano decisor, constituyen el paso previo al otorgamiento de las licencias, careciendo de contenido volitivo y decisorio. Se tipifica exclusivamente el que tenga carácter favorable a la ilegalidad, debiendo tener ineludiblemente un contenido relativo a la ordenación del territorio, patrimonio histórico o medio ambiente. En cuanto a los diversos tipos de informes subsumibles en los arts. 320.1, 322.1 y 329.1 CP podrán ser preceptivos o facultativos, vinculantes o no, cabiendo incluso los requeridos *ad hoc* por el sujeto que ha de

otorgar la licencia, siempre y cuando, eso sí, sean dolosamente injustos. Lo trascendental es que el informe ilegal (a favor) haya sido emitido mediante la correspondiente firma del sujeto activo y que se haya incorporado al mundo jurídico mediante su inclusión al expediente abierto tendente a una concesión de licencia injusta. Deben excluirse las propuestas de resolución, así como los informes emitidos oralmente. En cuanto al “visado” de los Colegios Profesionales no pueden equipararse a los informes a los que me refiero, ya que en la actualidad el visado es completamente irrelevante para la concesión de una licencia ilegal en cada uno de los tres campos que nos interesan; es más, la denegación del visado no implica el que la licencia no pueda ser otorgada.

Los informes típicos a los que se refieren estos delitos suponen una conducta antijurídica precisamente por la gran trascendencia que pueden tener respecto al hecho de otorgar las licencias ilegales y que hacen peligrar -en mayor o menor medida- los bienes jurídicamente protegidos. Especial mención hay que hacer respecto a las Evaluaciones de Impacto Ambiental (cuya última fase es la Declaración de Impacto Ambiental, la cual carece realmente de autonomía propia respecto a la Evaluación). Difícilmente serán subsumible en los tipos que se analizan so pena de ampliar excesivamente el sentido interpretativo de la norma penal. Como ya se dijo, los arts. 320.1, 322.1 y 329.1 CP lo que tipifican es el informar *favorablemente*; sin embargo, las citadas evaluaciones tienden sólo a determinar, a los efectos ambientales, *la conveniencia o no* de realizar el proyecto, y en caso afirmativo *fixar las condiciones* en que debe realizarse. No parece que estas evaluaciones tiendan exclusivamente al favorecimiento de la autorización del proyecto presentado, y, desde luego, *determinar la conveniencia* respecto a algo (realización del proyecto) debe interpretarse a un nivel inferior que el informar a favor de la concesión de la licencia (el EIA podría suponer algo así como “informar para que se informase”). Desde luego esta última formula es mucho más trascendente y comprometida que la primera e implica mayor responsabilidad para el funcionario público. En definitiva, y en mi opinión, las Evaluaciones de Impacto Ambiental realizadas incorrecta y arbitrariamente (a sabiendas de ello) por parte del funcionario competente sólo serán sancionables en vía administrativa. Por el contrario, sí debe ser típico el *informe favorable* a la concesión de licencia realizado por el funcionario que no contase con la evaluación de impacto ambiental o que despreciase manifiesta y burdamente las conclusiones que ésta (eva-

luación) impusiese, ya que un informe en tales condiciones tendría la consideración de arbitrario e injusto. Respecto a estas EIA creo que el legislador debería haber sido más taxativo y preciso a los efectos de poderse incluir sin ninguna duda las irregularidades que pudieren cometer los funcionarios y/o autoridades a la hora de emitir las Declaraciones de Impacto Ambiental, que son de su plena incumbencia, como trámite esencial del conjunto de lo que es la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA). Téngase en cuenta que este instrumento jurídico se concibió a nivel supranacional con la intencionalidad de que los Estados comunitarios salvaguardasen en la mayor medida posible todos los temas referidos al medio ambiente y recursos naturales, entre los cuales obviamente ha insertarse todo lo relativo al ordenación del suelo y al patrimonio histórico.

Siguiendo con esta conducta informante (a favor), al haberse tipificado como de peligro abstracto puro, no es posible deducir que el legislador haya querido vincular -e incluso hacer depender- la misma con el otorgamiento de las licencias ilegales. Es por esto que los tipos del apartado uno de los artículos referidos tienen entidad propia *per se* como para ser entendidos como figuras delictivas autónomas y no un mero presupuesto del delito en sí.

En cuanto a la tipificación de la conducta funcional del otorgamiento de licencias dolosamente ilegales, lo que se pretende es no sobrepasar el límite de lo socialmente tolerado o permitido. Entre ellas deben subsumirse todas y cada una de las licencias que puedan concurrir en el caso concreto, es decir, cualquiera de las que formen la cadena necesaria para que pueda llevarse a cabo los comportamiento indicados en estos arts. 320 y 329 CP<sup>806</sup>, como son las edificaciones o la “licencia ambiental integrada” respecto a las industrias o actividades contaminantes. Estas licencias deben reunir todos los requisitos precisos para poder ingresar en el tráfico jurídico, lo que significa la exigencia de que ofrezca la *apariencia formal* suficiente como para que, efectivamente, sea objeto de dicho tráfico. Respecto a esta cuestión de la “concesión de las licencias” no parece que quepa la forma comisiva omisiva a través del “silencio administrativo positivo” por parte del funcionario o autoridad en tanto que, en el campo ambiental, la Ley 16/2002 de 1 de julio, de prevención y control integrado de la contaminación, establece el “silencio” como negativo a la conce-

---

<sup>806</sup> Se excluye el art. 322 CP ya que el legislador olvidó incluir en el mismo la conducta típica de la “concesión de licencias”.

sión de la autorización. Tampoco podrá concurrir en el ámbito de la ordenación del suelo esta conducta omisiva ya que la concesión de las licencias a través del silencio administrativo positivo *contra legem* esta prohibida expresamente por el artículo 8, 1, b) párrafo tercero del RD Legislativo 2/2008, de 20 de junio.

Los delitos que se estudian no pueden, en mi opinión, catalogarse o concebirse globalmente como “prevaricaciones específicas”. La conducta del *informe a favor* no puede ser considerada como resolución administrativa al no concurrir una declaración de voluntad definitiva (sólo existe un juicio de valor); lo mismo acontece respecto a la conducta del silenciamiento del art. 329.1 CP, ya que de la misma no se deriva que el funcionario tenga la obligación de dictar resolución alguna. Distinta es la posición a tomar respecto al apartado dos de los artículos objeto de estudio. En efecto, el *resolver por sí mismo* -la autoridad o funcionario- la concesión de una resolución (licencia) injusta sí que supone una clara conducta prevaricadora, mientras que respecto a la concesión de la licencia ilegal por el órgano colegiado -a través de la votación- existirá conducta prevaricadora siempre que la licencia ilegal termine finalmente por otorgarse; por su parte no concurrirá esa naturaleza prevaricadora en los casos del “voto a favor” de la concesión de la licencia ilegal del funcionario cuando el voto favorable quedase en minoría en la votación pertinente, puesto que en ese supuesto no habrá *resolución injusta*. La referencia del art. 404 CP realizada en estos arts. 320, 322 y 329 CP tiene validez a los solos efectos de la determinación de la pena (cumulativa) y no como naturaleza de estas infracciones penales.

Respecto a la permisividad de los funcionarios públicos sólo podrán ser típicas las conductas de los silenciamientos expresamente establecidos en el art. 329 CP, o bien vía art. 325 CP (como autor o partícipe) mediante la realización de la conducta consistente en la “provocación o realización directa o indirecta” aunque en este caso deberá concurrir un cierto *resultado al menos potencial* (“poder perjudicar gravemente el equilibrio del ecosistema”) al haberse configurado como delito de peligro hipotético. Sin embargo, será difícil subsumir estos comportamientos pasivos dentro de los arts. 320 y 322 CP en tanto que éstos están configurados como de mera actividad (peligro abstracto puro), no concurriendo el “resultado” mínimo exigible según dispone el vigente art. 11 CP. Al respecto no se entiende que el legislador no incluyera expresamente dentro de los arts. 320 y 322 CP conductas omisivas al estilo del 329 CP.

Los apartados dos de los artículos que se estudian, tipifican dos tipos de comportamientos diferentes llevados a cabo por las autoridades o funcionarios: el primero consiste en resolver por sí mismo la concesión de licencias a sabiendas de que son injustas, y el segundo en votar como miembro de un organismo colegiado a favor de la concesión de una licencia también conscientemente injusta, en tanto que el resultado de la votación es el presupuesto necesario para la concesión o no de la licencia ilegal y dolosa.

Indudablemente lo que habrá de resolver el órgano unipersonal será la concesión de las licencias citadas en el apartado dos de los artículos estudiados, con la problemática citada de que el art. 322 CP va dirigido -por defecto de redacción- al informe de proyectos y no al de licencias; asimismo hay que anotar que quien resolverá, a nivel individual, la concesión de la licencia injusta será, prácticamente la totalidad de las veces, la autoridad y no el funcionario público por ser el competente para efectuar este tipo de actuaciones.

Por su parte respecto al hecho de *votar a favor* lo que verdaderamente cuenta o debe contar es el efectivo comportamiento y la efectiva voluntad del funcionario en su calidad de miembro colegial. La cuestión más problemática al respecto es la comprobación del *significado* del voto concreto de la autoridad o funcionario y cómo influye o puede influir en la toma de la concesión de las pertinentes licencias ilegales. Es decir, el nivel de vinculación que ha de existir entre la emisión propia del voto de la autoridad o funcionario -como miembro de un órgano colegiado- y el mismo hecho del otorgamiento o concesión de la licencia ilegal. En este sentido deberá entenderse como típica la conducta de la autoridad o funcionario que vota a favor de la concesión ilegal cuando ésta ha sido concedida, independientemente del momento en el que emita su voto. En este caso, dicho sujeto activo responderá como autor de los delitos que se analizan tanto si su voto positivo es realizado antes de que se conforme la mayoría del órgano colegiado como cuando ésta ya está lograda y se ha concedido la licencia ilegal. Así debe ser ya que se está contribuyendo *causalmente* del mismo modo -por parte de los que votaron antes o después- a dar vida al mismo acuerdo (concesión de la licencia ilegal), habiendo contribuido todos ellos a su existencia y producción (además dolosamente). Téngase en cuenta que el acuerdo de concesión de la licencia ilegal sólo existe una vez que se ha producido el recuento de todos los votos (escrutinio) y se pueda constatar la mayoría tendente en ese senti-



do. Por eso mismo, en estos supuestos, no se puede hablar de votos ineficaces o testimoniales sino que todos los votos a favor configuran globalmente el acuerdo anti-jurídico y reprobable.

Hay que aceptar incluso que, con la redacción actual del tipo penal, la conducta de votar a favor es típica *per se*, incluso, cuando el recuento pertinente conlleve al no otorgamiento de la licencia ilegal, a pesar de la inofensividad que pudiera acontecer respecto a los intereses que esa conducta pretende amparar en gran medida, y que son la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y el medio ambiente. Por eso mismo también deberá considerarse que habrá tantos delitos independientes como funcionarios públicos o autoridades voten a favor, no prestándose atención a licencia en sí misma considerada.

La conducta típica funcional no sólo consiste en votar sino que también ha de hacerse *favorablemente*. Por esto la abstención difícilmente será subsumible a título de autoría dentro del tipo, lo cual no obsta a que pudiera existir una responsabilidad como partícipe ya que con la abstención se puede estar “ayudando” en determinadas circunstancias al hecho mismo de la concesión ilegal de una licencia. Ahora bien, para que esta participación del funcionario fuese factible en el hecho principal (concesión de la licencia injusta) se necesitaría que por el sistema de mayorías se hubiese otorgado la licencia ilegal (si no se otorgase la licencia no podrá haber participación del funcionario “abstencionista”) y, que la conducta abstencionista fuese dolosa en el sentido que se conociere y consintiere que con su “pasividad” se estaba permitiendo un hecho injusto y manifiestamente arbitrario que pone en riesgo una serie de intereses esenciales para la comunidad.

Respecto al *asentimiento* de los miembros funcionarios del órgano colegiado se estará ante una votación informal o lo que es lo mismo una votación no nominal en la que se expresa claramente la voluntad de conceder la licencia ilegal debiendo ser subsumible en los artículos 320.2, 322.2 y 329.2 CP, y por tanto punible.

Asimismo el funcionario público que *se ausenta* no puede ser autor del delito del inciso último de los arts. 320.2, 322.2 y 329.2 CP, ya que no está votando a favor de la resolución ilegal, que es la exigencia típica necesaria. Sin embargo, al igual que acontecía respecto a la abstención, estos funcionarios no siempre tienen porqué quedar exentos de responsabilidad penal pues, a veces, su ausencia es el acto necesario sin el cual no se hubiera cometido el delito. Ahora bien, para que ese miembro *au-*

*sentado* del órgano colegiado incurriese en responsabilidad penal como partícipe - del hecho cometido por los que votaron a favor de la concesión de la licencia injusta- sería imprescindible que la resolución se hubiese adoptado por parte de los funcionarios presentes y que la “ausencia” haya hecho posible o facilitado la comisión del delito y, tratándose de una responsabilidad que ha de ser solo dolosa, que dicha ausencia esté preordenada a tal fin. De ello se desprende la dificultad que existirá para que el empleado público ausente, conscientemente, pueda incurrir en responsabilidad como partícipe, ya que difícilmente se podrá probar este último extremo.

Por su parte el *voto contrario* a la concesión de una licencia ilegal por parte de la autoridad o funcionario nunca podrá ser típico pues precisamente actúa tal y como le ordena el ordenamiento jurídico.

En cuanto al voto nulo o en blanco es harto improbable su concurrencia en los casos que se están examinando tratándose de algo quizás puramente teórico. Aún así hay que considerar que ese comportamiento sería atípico a título de autoría, aunque podría, en su caso, concurrir algún tipo de participación funcional en la forma antes aludida para los casos de abstención o ausencia funcional a la hora de llevarse a cabo las votaciones por parte del órgano colegial, siempre y cuando que éste finalmente aprobase la resolución ilegal y la actitud de aquel funcionario fuere dolosa.

## **B. Cuestiones específicas en los tipos objetivos referidos.**

### **1. Introducción.**

Cuando el Título XVI del Libro II CP se subdivide en varios capítulos, precisamente con la intencionalidad de tutelar penalmente los diferentes campos sobre los que versan, lo que se está poniendo en evidencia es que, entre la ordenación del territorio, el patrimonio cultural, el entorno natural, e incluso la flora o la fauna, existen una serie de características que ineludiblemente han de reflejarse en cada uno de los tipos penales allí recogidos. Estas especificidades, obviamente, subsisten en los

previsibles comportamientos ilegales de las autoridades y funcionarios públicos en tanto que su actuación no puede ser igual respecto a los expedientes en los que interviene la Administración relativos a actividades contaminadoras de las industrias que, respecto a las modificaciones o alteraciones de nuestro patrimonio histórico o el uso racional del suelo de nuestro país.

Por esto mismo, me ha parecido que la mejor sistemática para el análisis de los elementos objetivos de los arts. 320, 322 y 329 CP era separar coordinadamente los elementos comunes existentes en cada uno de ellos de las especificidades lógicas obrantes en los mismos.

La forma y contenido en que el legislador introdujo estas especificidades para tratar de proteger penalmente los intereses aludidos ha dado lugar a un intenso debate doctrinal respecto a estos polémicos delitos. Así, por ejemplo, unas veces se omite cualquier tipificación de las conductas injustas de los funcionarios en relación con los planes generales urbanísticos (que es realmente lo que daña al uso racional y equilibrado del suelo) y en otras se hace uso de conceptos tan amplios como “actividades contaminantes”, por no mencionar el carácter de tipo cuasi-administrativo del art. 320 CP.

Estas particularidades objetivas y específicas a las que se vienen aludiendo no sólo se dan en cada uno de los artículos objeto de estudio, sino que también el nexo de unión entre cada uno de sus dos apartados debe ser objeto de análisis. No obstante, debo aclarar que las conductas funcionariales tendentes a facilitar estas licencias ilegales (bien *per se* bien votando a favor dentro del órgano colegiado), al ser idénticas en cada uno de esos tres delitos, su análisis ha sido realizado en un epígrafe anterior dentro de los elementos comunes del tipo objetivo.

En los siguientes epígrafes se pretende desarrollar minuciosamente toda esta cuestión, comenzando este análisis, en primer lugar, por el art. 320.1 CP.

## **2. Elementos objetivos específicos del delito del art. 320 CP.**

Este precepto difiere significativamente del delito ambiental funcional del art. 329 CP entre otras cosas porque no refleja ningún tipo de comportamiento omisivo

funcionarial dentro del ámbito urbanístico. Si hemos considerado que el art. 320 CP se halla al límite de la constitucionalidad se debe precisamente por el contenido de sus elementos objetivos específicos, que están casi exclusivamente referidos a la norma administrativa. Es evidente que partiendo de los principios básicos del Derecho penal este precepto debería ser la *última ratio* en la materia relativa a la ordenación del territorio. Sin embargo, ello podría no ser así dada la forma en que el mismo quedó tipificado por el legislador penal. Bastará con comprobar que mientras que en el art. 228.2<sup>807</sup> del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1.976 (la cual recobró vigor con motivo de la STC de 20 marzo 1997 aunque sea como norma estatal de carácter supletorio)<sup>808</sup>, se hace referencia a las “infracciones urbanísticas graves”, por su parte, en el citado art. 320 CP se evita cualquier referencia a la gravedad de la conducta. Asimismo, mientras que el delito funcionarial urbanístico tipifica la acción de “informar a favor de *proyectos de edificación o la concesión de licencia*”, el citado 228.2 se refiere tan sólo a los informes a favor de los *proyectos de obras*. De este modo se pone de manifiesto que no se ha llevado a cabo una correcta y acertada articulación entre ambos ilícitos administrativo y penal. Por ello, el art. 320 CP no resulta nada satisfactorio en la forma en que quedó redactado definitivamente, y prueba de ello es la enorme discusión doctrinal e interpretativa que genera.

En la correcta aplicación de esta norma penal creo que habrá de estarse a una interpretación restrictiva de los elementos objetivos específicos, debiéndose comprobar igualmente que la conducta funcionarial realizada, aparte de atacar lo que es el correcto funcionamiento de la función pública, contenga realmente una mínima

---

<sup>807</sup> Art. 228.2: “En las obras amparadas en una licencia, cuyo contenido sea manifiestamente constitutivo de una infracción urbanística grave, serán igualmente sancionados con multa: el facultativo que hubiera informado favorablemente el proyecto y los miembros de la Corporación que hubiesen votado a favor del otorgamiento de la licencia sin el informe técnico previo, o cuando éste fuera desfavorable en razón de aquella infracción, o se hubiere hecho la advertencia de ilegalidad prevista en la legislación de Régimen Local”.

<sup>808</sup> Al respecto conviene recordar que, partiendo de los principios asentados por las STC 61/1.997 y 164/2001, son a las Comunidades Autónomas a las que corresponde diseñar y desarrollar sus propias políticas en materia urbanística. Sin embargo, es competencia del Estado, en base al art. 149 de la CE, regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con el suelo en todo el territorio estatal así como establecer las bases económicas y medioambientales de su régimen jurídico. Esto último es la base y sentido del RD Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo. Éste ha sido la consecuencia de la Disposición final 2ª. de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, que delegó en el Gobierno la potestad de dictar tal RD Legislativo en la que se refundiera su texto, así como los preceptos que quedaban vigentes del RD Legislativo 1/1992, de 26 de junio.

ofensividad o contacto con lo que es “la ordenación del territorio” en el sentido uso y aprovechamiento racional del suelo.

El sujeto activo del presente delito será principalmente -aunque no exclusivamente- la autoridad o el funcionario *municipal* (comisión delegada de gobierno, arquitectos, alcaldes, concejales, secretarios etc.), dada la trascendental competencia urbanística que sobre los mismos recaen en el ámbito local.

Por otra parte, también llama la atención lo excesivamente cauteloso que fue el legislador al tipificar este delito evitando precisamente insertar con mayor precisión conductas tan graves para el intereses que se pretendía tutelar como son las conductas funcionariales aprobatorias o modificatorias de los planes urbanísticos o de las normas subsidiarias de planeamiento o los informes a su favor.

Sobre todas estas cuestiones versarán precisamente los siguientes epígrafes.

## 2.1 ¿Necesidad de vincularlo con el tipo básico del art. 319 CP?

Desde luego el primer problema que surge de la lectura del art. 320 CP es su falta de conexión o vínculo expreso con el tipo básico del art. 319 del mismo texto punitivo, al contrario de lo que acontece en el delito del art. 329 CP, el cual, y respecto a sus conductas activas de informar-conceder-votar quedaba limitado a las de “los artículos anteriores”. Esta desconexión acarrea una falta de uniformidad y coordinación entre los dos preceptos que componen el Capítulo Primero (del Tit. XVI) con importantes efectos negativos respecto a las consecuencias penales de las conductas que, compaginadamente, pudieran llevar a efecto los promotores, constructores y técnicos, por un lado, con las autoridades y funcionarios por otro.

En efecto, como se puede comprobar, el apartado uno del art. 319 CP va referido a las “*construcciones* no autorizadas en determinados suelos“, mientras que su apartado dos se refiere a “*edificaciones* no autorizables en suelo no urbanizable”<sup>809</sup>. Por

---

<sup>809</sup> El art. 319-2 CP no aparecía incluido en el Proyecto de CP del Gobierno habiendo sido incorporado en el debate parlamentario como consecuencia de una enmienda (la nº. 616) del Grupo Socialista del Congreso. Esta enmienda fue a su vez modificada sustituyéndose en su redacción final los términos “construcción” y “no autorizada” por los definitivos “edificación” y “no autorizable”. La sustitución de “construcción” por “edificación” fue justificada por el Grupo Socialista bajo la alega-

el contrario, el art. 320 CP omite referirse a cualquier tipo de construcciones, dirigiéndose exclusivamente a los informes favorables sobre proyectos de *edificación* o la concesión de licencias urbanísticas ilegales. El interrogante se plantea en cómo adecuar estos tipos penales para que exista una sistemática y uniformidad dentro del Capítulo I del Tit. XVI. Es decir, la cuestión está en saber si las licencias que se pueden informar a favor, concederse o votarse ilegalmente del art. 320 CP han de ser las referidas sólo a las edificaciones o también han de incluirse las construcciones aludidas en el art. 319 CP o si podrán ser igualmente las relativas a cualquier actuación urbanística que pudiese trascender y que tuviese relevancia sobre la ordenación del territorio.

La doctrina mayoritaria<sup>810</sup> estima que al no establecer este tipo funcional específico ninguna limitación, puede subsumirse cualquier licencia arbitraria e ilegal que tenga relación con cualquier actuación referida a la ordenación territorial: o sea que no hay que limitarlas exclusivamente a las referidas a las construcciones y a las edificaciones del tipo básico.

De opinión diferente, otro sector doctrinal<sup>811</sup> considera que las referencias a proyectos de urbanización y licencias urbanísticas deben entenderse hechas exclusiva-

---

ción de que con este término estaba el concepto más plenamente identificado con la legislación urbanística. Vid. PROYECTO DE LEY ÓRGÁNICA DEL CÓDIGO PENAL de 1992. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Madrid 1992, pp. 51 y 2010. Realmente esto último es muy criticable ya que la legislación urbanística utiliza ambos términos indistintamente. Asimismo considero que esta sustitución sí supuso un cambio conceptual importante, ya que el ámbito de aplicación de este tipo penal (319-2), por hablar de *edificación*, va a ser mucho más restringido que el del apartado anterior (319.1), referido al concepto más amplio de la *construcción*, y, por tanto, también del 320 CP.

Este art. 319.2 CP es criticado, entre otros, por NARVÁEZ RODRÍGUEZ, en *Los delitos sobre la ordenación del territorio: la responsabilidad penal de la Administración urbanística*, APen 1997-1, p. 377, ya que plantea el problema de la amplitud con que ha sido concebido. Tiene unos contornos muy difusos y se manifiesta en unos términos excesivamente ambiguos. Según este autor puede hacer que el Juzgador penal atraiga hacia sí buena parte de las actuaciones realizadas en suelo no urbanizable que hasta ahora eran infracciones administrativas.

Por su parte, el Proyecto de Ley Orgánica de 15-1-2007, de modificación del CP, altera estos elementos típicos del art. 319 por este otro: “llevar a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizadas (en el apartado 1), no autorizables (en el apartado 2).

<sup>810</sup> Por todos, ACALE SÁNCHEZ, *Los Delitos urbanísticos*, cit., p. 349; TERRADILLOS BASOCO, *La responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente*, en EPC, t. XX, 1997, p. 321; GÓMEZ TOMILLO, *Urbanismo, función pública y Derecho penal*, cit., pp. 96 y ss.; y LASO MARTÍNEZ, *Urbanismo y medio ambiente en el NCP (con referencias a la STC de 20-3-1997)*, cit., p. 152.

<sup>811</sup> POLAINO NAVARRETE, *Delitos contra el Medio ambiente en el CP español de 1.995*, en Estudios Jurídicos, LH-Casabó Ruiz, vol. II, 1997, p. 598; GARCÍA PÉREZ, *Algunas reflexiones sobre la denominada prevaricación específica del art. 320 CP*, en La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. LH-Cerezo Mir, 2002, pp. 1.270-1.271; y DE LA MATA BARRANCO, *Art. 320.1: prevaricación específica en el caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias*

mente a los supuestos ilegales del art. 319 CP, al considerar que el art. 320 CP contempla diferentes actos preparatorios de los hechos recogidos en el tipo básico (art. 319), el cual sólo alude a las construcciones (en el 319.1) y edificaciones (en el 319.2): por ello las conductas recogidas en el delito del art. 320 CP deben limitarse a éstas últimas (construcciones y edificaciones). Al mismo tiempo se añade otro argumento de índole sistemática: si los otros artículos similares al art. 320, como son los arts. 322 y 329 CP, se relacionan con los tipos básicos de los arts. 321 y 325 CP respectivamente, no tendría sentido esa total falta de conexión entre los preceptos del Cap. I del Tit. XVI del CP.

En mi opinión la descoordinación del tipo penal analizado en este epígrafe es tan grande que podría resultar que no se castigase el hecho de informar favorablemente un proyecto de parcelación o de obra de nueva planta, pero sí el informe favorable de la concesión de la licencia de esta parcelación o de obra de nueva planta, lo cual sería un contrasentido. Sin embargo, esa falta de sistemática y uniformidad que se comprueba en los delitos relativos a la ordenación del territorio no puede dar pie a que este tipo funcional específico haya que entenderse como un delito con dependencia total o extrema del tipo básico, como hace DE LA MATA BARRANCO<sup>812</sup>. Deben interpretarse los delitos de los arts. 319 y 320 CP de este Capítulo Primero de una forma uniforme que tienda a la protección penal de la ordenación del territorio de manera conjunta, pero, eso sí, respetando la autonomía que el legislador ha querido otorgar al delito funcional específico del 320 CP. Es decir, requiere el delito funcional urbanístico coordinarse adecuadamente con el art. 319 CP, pero no hacerlo depender totalmente de él. Asimismo, es cierto que entre los arts. 322 y 329 CP y sus tipos básicos hay un enlace y coordinación clara y manifiesta, pero precisamente esta ausencia respecto al art. 320 CP es lo que acarrea toda la problemática mencionada, sin que sea aceptable que para resolver lo que el legislador hizo deficientemente se tenga que llegar a fijar este tipo funcional como de subordinación total respecto al 319 CP para salvar la uniformidad del Capítulo en cuestión.

---

*contrarias a las normas urbanísticas*, En Delitos contra el Urbanismo y la Ordenación del Territorio, cit., p. 150.

<sup>812</sup> DE LA MATA BARRANCO, *La construcción de tipos específicos a partir de la participación en un hecho ajeno: el ejemplo de las denominadas prevaricaciones especiales*, en El Nuevo Derecho Penal español. LH-Valle Muñoz, 2001, p. 1247.

Tampoco se puede considerar al delito del art. 320 CP como una forma de participación en un hecho ajeno<sup>813</sup>. Se está ante un delito autónomo, al igual que acontece con los arts. 329 y 322 CP, debiendo vincularse y coordinarse con el delito que le precede (art. 319) hasta tanto no pierda su propia autonomía y naturaleza.

## 2.2 Los informes sobre proyectos de edificación o la concesión de licencias (ilegales) del art. 320.1 CP. Su concreción y determinación.

El primer aspecto en el que hay que detenerse, respecto al art. 320.1 CP, es en el “informe del proyecto de edificación”<sup>814</sup> frente a lo que hubiera parecido más acertado que se hubiera tipificado, como hubiera sido el *informe del proyecto urbanístico*<sup>815</sup>.

Es preciso plantearse si el proyecto de edificación puede ser informado o no, y en el supuesto de contestarse negativamente a la pregunta, el *informe favorable* solo cabría respecto al hecho de la concesión de la licencia ilegal “urbanística”. La cuestión inicial es delimitar ambas conductas informantes como son la relativa al proyecto de edificación o a la concesión de licencia ilegal. En este sentido, el Derecho administrativo no diferencia claramente lo que es el trámite de *informar un proyecto* del relativo a *informar una licencia*<sup>816</sup>. Al respecto, GARCÍA PÉREZ<sup>817</sup> llega a enten-

---

<sup>813</sup> En este sentido, DE LA MATA BARRANCO, *ob. ult. cit.*, p. 1247.

<sup>814</sup> BLANCO LOZANO considera, en *Los delitos urbanísticos*, cit., p. 153, que ha de entenderse por “proyecto de edificación” aquel proyecto técnico, que, en cuanto tal, va referido a obras e instalaciones relativo a una edificación, y que, por tanto, es preceptivo en las solicitudes de licencia.

<sup>815</sup> Hay que señalar al respecto que el Proyecto de Ley Orgánica de 15 de enero de 2007 de modificación del Código penal delimita la conducta informante a favor no sólo a los proyectos de edificación, sino también a las de urbanizaciones y construcciones.

<sup>816</sup> Como GÓRRIZ ROYO afirma, en *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., p. 236, el art. 228.2 del TRLS de 1976 únicamente se refiere al “facultativo que hubiere informado favorablemente el proyecto”, sin especificar qué clase de proyecto y si dicho informe es un trámite distinto al informe de la solicitud de licencia o se realizan ambos en un solo acto. Esta última posibilidad se deduce del propio artículo 9.1.1 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales (RSCL) en el que sí se exige presentar “proyecto técnico” con ejemplares para cada uno de los órganos, pero cuya función es “.....informar la petición de la licencia” y no del proyecto.

<sup>817</sup> GARCÍA PÉREZ, *Algunas reflexiones sobre la denominada prevaricación específica del art. 320 CP*, en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, LH-Cerezo Mir, cit., 2002, p. 1269.



der que el proyecto técnico (detallado en el art. 320 CP como proyecto de edificación) no se informa, sino que simplemente forma parte de la solicitud o petición de la pertinente licencia y aparece como instrumento necesario para poder dilucidar si se puede otorgar la misma, puesto que en él se contienen todos los elementos y características de las obras que se pretenden llevar a cabo. Siguiendo con su opinión, la conducta del 320.1 CP se centraría tan sólo en “informar favorablemente la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes” y, en consecuencia, los informes irán referidos a la procedencia o no de la autorización de la actividad urbanística solicitada. Sin embargo, en mi opinión, éste autor se olvida de que en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo sí que se prevé algún caso -excepcional eso sí- en el que es posible el informe de proyectos de edificación según se deduce de la Disposición Adicional Décima del RD Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo<sup>818</sup>. La observación que hay que hacer al respecto es que se ha tipificado en el art. 320.1 CP una conducta (la de informar proyecto de edificación) que se reduce a circunstancias y supuestos aislados de proyectos urgentes o de excepcional interés público que raramente acontecen<sup>819</sup>. Por tanto, en la mayoría de las veces los proyectos edificatorios aludidos en el art. 320.1 CP no se informarán, ya que raramente la normativa accesoria aplicable dispondrá tal cosa.

Otra cuestión a tener en cuenta será la de saber si el proyecto técnico (y a veces otro jurídico) que hay que presentar junto a la solicitud de la licencia cuando éstas se refieran a la ejecución de obras o instalaciones -según establecen los arts. 9.1.1 del RSCL de 17 de junio de 1955<sup>820</sup> (modificado por ley 40/81, de 28 de octubre), 178.1

---

<sup>818</sup> Disposición Adicional Décima: “1. Cuando la Administración General del Estado o sus Organismos Públicos promuevan actos sujetos a intervención municipal previa y razones de urgencia o excepcional interés público lo exijan, el Ministro competente por razón de la materia podrá acordar la remisión al Ayuntamiento correspondiente del proyecto de que se trate, para que en el plazo de un mes notifique la conformidad o disconformidad del mismo con el planeamiento urbanístico en vigor.

En caso de disconformidad, el expediente se remitirá por el Departamento interesado al Ministro de Vivienda, quien lo elevará al Consejo de Ministros, previo informe del órgano competente de la Comunidad Autónoma, que se deberá emitir en el plazo de un mes. El Consejo de Ministros decidirá si procede ejecutar el proyecto, y en este caso, ordenará la iniciación del procedimiento de alteración de la ordenación urbanística que proceda, conforme a la tramitación establecida en la legislación reguladora”.

<sup>819</sup> GÓMEZ TOMILLO, *Urbanismo, función pública y Derecho penal*, cit., p. 107.

<sup>820</sup> Arts. 9.1.1: “1. Las solicitudes de licencias se resolverán con arreglo al siguiente procedimiento, cuando no exista otro especialmente ordenado por disposición de superior o igual jerarquía:

1) Se presentaran en el registro general de la Corporación, y si se refieren a ejecución de obras o instalaciones, deberá acompañarse proyecto técnico con ejemplares para cada uno de los organismos que hubieren de *informar la petición*”.

del TRLS, de 9 de abril de 1.976<sup>821</sup> y 1 del RDU, de 23 de junio de 1.978<sup>822</sup> - es equiparable al proyecto de edificación referido en el art. 320.1 CP. En principio el proyecto técnico tiene un contenido más amplio que el proyecto de edificación. Esto supondrá que no todo proyecto técnico resultará típico a los efectos del art. 320.1 CP, sino únicamente aquel que al menos pueda considerarse *básico* y que en todo caso se refiera a obras de “edificación”<sup>823</sup>. Por mi parte, considero que el elemento típico informar favorablemente “proyectos de edificación” alude al proyecto técnico de la normativa administrativa circunscrito al ámbito de las edificaciones (elemento descriptivo), las cuales serán obras mayores y de nueva planta.

En relación con la segunda de las modalidades típicas establecidas en el art. 320.1 CP, hay que indicar que todas las licencias solicitadas por cualquier sujeto en el ámbito urbanístico han de ser informadas, según prescribe el art. 9.1.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Pero siguiendo la línea mantenida en un epígrafe anterior (§ 6.I.A.5.1), sobre el alcance de las licencias relativas a la ordenación territorial, el problema está en concretar el contenido típico de esas conductas. Como anteriormente se propuso, no puede abarcar únicamente a las licencias relativas a las construcciones y edificaciones ilegales mencionadas en el art. 319 CP, como sostienen POLAINO NAVARRETE<sup>824</sup> y DE LA MATA BARRANCO<sup>825</sup>, ya que al no introducir la norma ninguna distinción o límite, no le es lícito al intérprete hacerlo. Por eso, en mi opinión, el “informe favorable a la concesión de licencias (ilegales)”

---

<sup>821</sup> Art. 178.1: “1. Estarán sujetos a licencia previa, a los efectos de esta Ley, los actos de edificación y uso del suelo, tales como las parcelaciones urbanas, los movimientos de tierra, las obras de nueva planta, modificación de estructura o aspecto exterior de las edificaciones existentes, la primera utilización de los edificios y la modificación del uso de los mismos, la demolición de construcciones, la colocación de carteles de propaganda visibles desde la vía pública y los demás actos que señalen los Planes. Cuando los actos de edificación y uso del suelo se realizaren por particulares en terrenos de dominio público, se exigirá también licencia, sin perjuicio de las autorizaciones o concesiones que sea pertinente otorgar por parte del ente titular del dominio público.

2. Las licencias se otorgarán de acuerdo con las previsiones de esta Ley, de los Planes de ordenación Urbana y Programas de Actuación Urbanística y en su caso de las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento.

3. El procedimiento de otorgamiento de las licencias se ajustará a lo prevenido en la Legislación de Régimen Local “.

<sup>822</sup> El contenido del citado art. 1 del RDU aparece en la Nota 668 de este trabajo.

<sup>823</sup> GARCÍA ENTERRÍA/PAREJO ALFONSO conciben, en *Lecciones de Derecho urbanístico*, cit., 1981, p. 696, el proyecto técnico como “aquel documento autorizado por un profesional competente para ello, que defina de antemano, con precisión suficiente para su ejecución, todos los elementos característicos de la obra de que se trate”.

<sup>824</sup> POLAINO NAVARRETE, *Delitos contra el medio ambiente en el CP español de 1.995*, en Estudios Jurídicos. LH-Casabó Ruiz, vol. II, 1997, p. 598.

<sup>825</sup> DE LA MATA BARRANCO, *Art. 320.1: prevaricación específica en el caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas*, en *Delitos contra el Urbanismo y la Ordenación del Territorio*, cit., 1998, p. 150.

ha de referirse a *cualquier tipo de licencia* que implique, eso sí, una vulneración grave de normas urbanísticas relativas al aprovechamiento y uso del suelo<sup>826</sup> y que tenga en cuenta el interés a protegerse, como es la ordenación del territorio<sup>827</sup>. Para finalizar, ACALE SÁNCHEZ<sup>828</sup> y GÓRRIZ ROYO<sup>829</sup> consideran que el art. 320.1 CP. no castiga informar favorablemente un proyecto de parcelación (en caso de ser factible) injusto, pero sí el informe favorable de la concesión de licencia de esa misma parcelación ilegal.

En cualquier caso, y para finalizar esta cuestión, no se puede olvidar, y así debe reconocerse, que las conductas relativas a la construcción y a la edificación abarcan buena parte de todo el abanico de posibilidades por medio de las cuales se puede llevar a cabo un uso o aprovechamiento irracional del suelo.

### **2.2.1. El concepto de edificación *versus* construcción. Su carácter permanente.**

El concepto de *edificación* del delito funcional urbanístico no es equiparable al término “construcción” reflejado en el art. 319.1 CP<sup>830</sup>. Se puede decir que mientras que las edificaciones “se construyen”, no toda construcción supone una edificación. La construcción es un término más genérico y amplio que la “edificación” ya que están incluidas en él todas las modalidades de realización de obras de arquitectura o ingeniería: o sea, no sólo edificaciones propiamente dichas, sino también toda clase de infraestructuras como viaductos, túneles, puentes, carreteras etc. Por tanto,

---

<sup>826</sup> En este sentido, SIERRA LÓPEZ, *La prevaricación específica del funcionario público en el marco de los delitos recogidos en el en el título XVI: su relación con la prevaricación genérica del art. 404 CP*, APen, nº. 36, de 8 de octubre de 2000, p. 779.

<sup>827</sup> El Proyecto de Ley Orgánica de 15 de enero de 2007 de modificación del Código penal sigue sin resolver esta problemática dejando inalterada la referencia al informe favorable de las licencias ilegales y al contenido de estas autorizaciones. Vid. ACALE SÁNCHEZ, *Tratamiento de la corrupción urbanística en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del CP de 15 de enero de 2007*, La Ley Penal. RDPPyP, nº. 38, año IV, 2007, p. 24.

<sup>828</sup> ACALE SÁNCHEZ, *Los delitos urbanísticos*, cit., pp. 348 y 349.

<sup>829</sup> GÓRRIZ ROYO, *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., p. 246.

<sup>830</sup> El propio art. 86 del RDU diferencia entre tres distintos términos: edificación-construcción-instalación.

y siguiendo a NARVÁEZ RODRÍGUEZ<sup>831</sup>, este término (construcción) se puede definir como la ejecución de toda obra artificial que modifique la naturaleza de un terreno, con la posible precisión de que se trate de obras en las que se añadan elementos físicos permanentemente.

Por su parte el concepto de *edificación* es de más difícil concreción y, desde luego, no resultaría admisible que se fuese variando su contenido en función del lugar de su realización por la circunstancia de que cada Comunidad Autónoma entendiese de diferente forma lo que es ese concepto descriptivo, lo que sería incompatible con el principio de igualdad penal. Como acertadamente afirma VERCHER NOGUERA<sup>832</sup> nos encontramos ante una expresión aleatoria, no demasiado acorde con los más elementales principios de seguridad jurídica y certeza que deben primar en el Derecho penal y que pueden suponer finalmente el entrar en una dialéctica de peligrosas hipótesis. Desde el punto de vista lingüístico el citado término (“edificación”) se confunde con el de construcción<sup>833</sup>. Igualmente el art. 2.1 de la Ley 38/1999, de 5 de nov., de Ordenación de la Edificación, no aporta mucho al definir la edificación como “la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado”.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales el término *edificación* se viene interpretando de manera un tanto contradictoria: unas veces restrictivamente<sup>834</sup> otras extensivamente<sup>835</sup>.

---

<sup>831</sup> NARVÁEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos sobre la ordenación del territorio: la responsabilidad penal de la Administración urbanística*, APen, 1997-1, pág. 359.

<sup>832</sup> VERCHER NOGUERA, *Delitos contra el patrimonio histórico*, en *El NCP y su Aplicación a Empresas y Profesionales. Manual Teórico Práctico (IV)*, cit., 1996, p. 553.

<sup>833</sup> En efecto, según el Diccionario de la RAE “construcción” es la acción o efecto de construir, mientras que construir es fabricar, erigir, edificar y hacer de nueva planta una cosa; por su parte, “edificación” es fabricar, hacer un edificio o mandarlo construir. 21ª Ed., 1992, pp. 349 y 503.

<sup>834</sup> Así la AP de Cádiz, Sec. 3ª., en el Recurso de Apelación tramitado con el nº 1051/1998, tuvo que pronunciarse acerca de si “los actos consistentes en poner rejas y puertas en una construcción ya realizada y enfoscar el exterior se puede considerar como llevar a cabo una edificación a los efectos del artículo 319.2 CP”. Dicha AP dictó sentencia de 22-12-1998 (ARP 1998/5831) pronunciándose en sentido negativo en relación con la cuestión planteada afirmando que esos actos no pueden ser considerados como acto de edificación sino, más bien, como la adopción de las medidas encaminadas a “asegurar lo construido toda vez que si no se toman tales medidas lo ya edificado puede ser ocupado por terceros no autorizados y evitar el deterioro de la fachada ya construida”. De este modo, la referida Sentencia profundiza aún más en el concepto de “edificación”, recordando que éste “ha de ser interpretado como la realización de una estructura y las operaciones necesarias para que sirva al fin que le es propio”, quedando, por tanto, excluidos los actos de mera protección o tutela de lo ya edificado frente a deterioros o respecto de la acción de terceros. Se introduce así la distinción entre el acto propio de “edificar” (penalmente relevante si concurren el resto de los requisitos del tipo) y aquellos actos destinados únicamente a “asegurar lo construido”, penalmente irrelevantes.

Este elemento típico (edificación) es obviamente el mismo que el que aparece en el art. 319.2 CP. Se trata de un concepto descriptivo que hace alusión a toda clase de inmuebles de nueva planta, que tiene cierta entidad y carácter de permanencia<sup>836</sup>, cerrado y con techo, cualquiera que sea el destino que vaya a dársele, ya sean viviendas, instalaciones industriales o fabriles, centros comerciales etc. y con una mínima capacidad de albergar la estancia de personas<sup>837</sup>.

Lo que sí parece indicar el Cap. I del Tit. XVI del Libro II del CP es que la edificación ilegal es un comportamiento menos grave que la construcción ilegal en tanto que la pena establecida en el art. 319.2 CP es menor a la establecida en el art. 319.1 del mismo texto<sup>838</sup>.

## **2.2.2 La problemática de las parcelaciones y las urbanizaciones ilegales respecto al art. 320 CP.**

La parcelación y la urbanización del suelo tienen una diferente consideración jurídica. Así lo tiene declarado la jurisprudencia de la Sala 3ª. del Tribunal Supre-

---

Asimismo la SAP de Alicante de 19-11-1999 (Aran. jurisprudencia Audiencias Provinciales 1999/5066) adopta una definición restrictiva de la edificación, como término distinto a la construcción, en cuanto ha de ser lugar de habitación o reunión de personas.

<sup>835</sup> Contrariamente, la Sentencia de 14-4-1998, dictada por la Audiencia Provincial de Palencia (Rec. Ape. nº 27/1998; ARP 1998/2048) se planteó hasta qué punto la colocación de ventanas debe ser considerada como acto de edificación, señalando que “edificar [...] no es solamente la realización de la estructura, sino que comprende aquellas operaciones necesarias para que el edificio u obra construido sirva para el fin que le es propio, de tal suerte que, en tanto que sea necesario acometer o ejecutar obras sin las cuales el edificio no podría ser utilizado para el fin a que está destinado, debe entenderse que se está construyendo o edificando, y resultando que la colocación de las ventanas parece imprescindible para el uso de la construcción litigiosa, máxime en un territorio como el que se asienta la localidad de Orijota, de climatología de dureza apreciable, debe de concluirse que tal hecho es un acto que debe considerarse como de construcción”.

<sup>836</sup> Este elemento de la permanencia considero que es esencial. Vid. al respecto BLANCO LOZANO, *El Delito Urbanístico*, cit., p. 136.

Sin embargo VERCHER NOGUERA mantiene, en *La Delincuencia Urbanística (Aspectos penales prácticos sobre Urbanismo y Ordenación del Territorio)*, cit., pp. 127-130, una posición contraria puesto que considera que las instalaciones de invernaderos o construcciones similares en los suelos - pese a no tener carácter permanente- pueden ser calificadas como subsumibles dentro del término de edificación y por lo tanto delictivo.

<sup>837</sup> Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Delitos relativos a la ordenación del territorio en el NCP de 1.995*, APen nº. 15, 1.998, p. 318; ROMÁN GARCÍA, *Delitos sobre la Ordenación del Territorio*, en *Derecho penal administrativo*, cit., 1.997, p. 109; GÓMEZ TOMILLO, *Urbanismo, función pública y Derecho penal*, cit., p. 104; y GÓRRIZ ROYO, *Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra el territorio en sentido escrito del art. 319 CP*, 1ª. ed. 2003, p. 234.

<sup>838</sup> Vid. POZUELO PÉREZ, *Notas sobre la denominada expansión del Derecho Penal: Un análisis al hilo de los delitos contra la ordenación del territorio*, en RDyPP, año 2003.1 nº. 9, p. 42.

mo<sup>839</sup> según la cual la parcelación “es una actividad típicamente privada, realizada por los particulares con arreglo a las normas del derecho común; y cuando con estas operaciones de fincas se puede dar lugar a constituir un *núcleo de población*<sup>840</sup>, la parcelación recibe la calificación de urbanística, definida como una operación técnico-jurídica sujeta a intervención administrativa.....”.

La cuestión que interesa al respecto es saber si las conductas funcionariales tendientes a informar a favor de la concesión de licencias ilegales para parcelar o urbanizar, pueden ser subsumibles en alguna de las conductas típicas del art. 320.1 CP. Desde luego parece que el legislador del '95 debería haber tipificado con mayor claridad y precisión estos comportamientos, tanto de los particulares como de los funcionarios públicos<sup>841</sup>, que indiscutiblemente suponen la agresión más grave contra la ordenación del territorio pues le afecta de modo decisivo. Sin embargo, ha sido excesivamente restrictivo al respecto<sup>842</sup> y en mi opinión hubiera sido mucho más acertado que las conductas tipificadas se hubieran centrado en el hecho de la “alteración ilegal y esencial” del destino del suelo, mediante actividades de urbanización, edificación, uso del suelo o parcelación no autorizables<sup>843</sup>.

Concretando ya la cuestión que interesa, y sin perjuicio de lo que se diga en el siguiente epígrafe relativo al elemento típico de la “contrariedad a las normas urbanísticas vigentes”, habrá de considerarse que la conducta de informar la concesión de una licencia ilegal de parcelación sí que debe subsumirse dentro de la segunda modalidad típica del 320.1 CP. En efecto la *parcelación*, según estipulan expresa-

---

<sup>839</sup> Por todas, SSTs, Sala 3ª, de 28-6-1993 (EDJ 1993/6347), 3-10-1995 (EDJ 1995/6720), 23-11-1995 (EDJ 1995/7302) y 10-11-2005 (EDJ 2005/307326).

<sup>840</sup> La definición de “núcleo de población” no me consta que figure en ninguna normativa estatal. Sin embargo, en la Comunidad Autónoma de Cataluña se entiende por tal “al asentamiento urbano generador de requerimientos o de necesidades asistenciales de servicios urbanos” (art. 139.3 del Decreto Legislativo 1/90, de 12 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de los textos legales vigentes en Cataluña en materia urbanística).

<sup>841</sup> Hay que anotar que el art. 308 apartado 1º. de la propuesta de Anteproyecto del CP de 1983 tipificaba -en contra de lo que acontece en el vigente artículo 319- la realización de parcelaciones contraviniendo gravemente las normas urbanísticas, pero sin que importara, a efectos penales, el tipo de suelo ni el destino que estaba previsto en el planeamiento para los terrenos sobre los que iba a asentarse. Sin embargo el legislador del '95 sustituye el término “parcelaciones” por el de “construcciones” y exige para que la acción sea típica que hayan de ser realizadas sobre terrenos destinados a algunos de los fines que se mencionan.

<sup>842</sup> Es igualmente preocupante, según se dijo en otra ocasión, la falta de tipificación de conductas funcionariales permisivas que permitan obras de urbanización sin plan previo y sin proyecto de urbanización o con la construcción con excesos de volumen y alturas en zonas de alta densidad. Vid. al respecto DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Consideraciones acerca de los delitos sobre la ordenación del territorio a la luz del derecho comparado*, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, cit., 1998, p. 214.

<sup>843</sup> Vid. MORALES PRATS/TAMARLT SUMALLA, *De los delitos sobre la ordenación del territorio*, en *ComCP*, t. III, PE, 5ª. ed. 2008, de Quintero Olivares/Valle Muñiz, p. 280.

mente los arts. 1 del RDU y 178 de la Ley del Suelo de 1.976, está sujeta a licencia previa, que debe ser informada preceptivamente. Y teniendo en cuenta la posición que se mantiene en el presente trabajo de que este delito no puede circunscribirse exclusivamente a las licencias relativas a las construcciones y edificaciones (aludidas en el art. 319 CP), deberá entenderse, en un principio, que los informes favorables dirigidos a permitir o autorizar parcelaciones ilegales llevados a cabo por funcionarios, han de considerarse como típicos a los efectos del 320.1 CP<sup>844</sup>.

Cuestión bien distinta es el tratamiento que hay que dar a los supuestos informes tendentes a conceder autorizaciones a las urbanizaciones ilegales; éstas no están sujetas a la concesión de una licencia, sino por el contrario lo que requieren es un planeamiento urbanístico (llámese plan general de ordenación, normas subsidiarias en el ámbito municipal, planes parciales etc.), y consecuentemente un complejo proyecto urbanístico, que está excluido actualmente del art. 320.1 CP<sup>845</sup>, pues éste sólo se remite a los “proyectos de edificación”, y desde luego una interpretación extensiva al respecto debe rechazarse de plano. Pero es que también hay otro motivo, al menos teórico-gramatical, para excluir a los proyectos de urbanización (y sus previsibles informes favorables) del tipo al que se está haciendo referencia. Y es que la segunda modalidad del 320.1 CP va presumiblemente referida a las licencias (que es femenino) ilegales y no a los proyectos (que es masculino) de edificación. Por eso precisamente se utiliza el adjetivo “contrarias” (a las normas urbanísticas vigentes) -en femenino- como mención a las licencias y no a los proyectos de edificación según el vigente 320.1 (y menos aún a los proyectos de urbanización)<sup>846</sup>.

Tampoco podrá subsumirse en las conductas del art. 320.1 CP los actos ilegales que pudiesen llevar a cabo los funcionarios en relación con los llamados Estudios de

---

<sup>844</sup> En contra, por todos, RODRÍGUEZ PUERTA/VILLACAMPA ESTIARTE, *La responsabilidad penal del funcionario público en materia urbanística*, en nuevo Derecho Penal español, cit., 2001, p. 1.744.

<sup>845</sup> Acertadamente el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código penal de 15 de Enero de 2007 sí que incluía respecto al art. 320 la conducta funcional de “informar favorablemente proyectos de urbanización” a sabiendas de su ilegalidad.

<sup>846</sup> GÓMEZ TOMILLO, *Urbanismo, función pública y Derecho penal*, cit., p. 119.

En cualquier caso me parece un tanto desafortunado el uso del término “contrarias”; hubiera dicho mucho más acertado la expresión “*que contravengan* las normas urbanísticas vigentes.....”, según afirma GÓRRIZ ROYO, Vid. *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., pp. 156-157.

Desde mi punto de vista no es admisible que por el uso de ese adjetivo en femenino tenga que dejarse de requerir la contravención a la legalidad de los informes de los proyectos de edificación, conducta ésta ya de por sí suficientemente vacía de contenido, según se ha dicho. Indiscutiblemente la contrariedad a Derecho debería haber abarcado tanto a los informes de los proyectos como a los de la concesión de las licencias ilegales, cosa que desde luego lingüísticamente no ha quedado plasmado debidamente en este tipo penal.



Detalle. En efecto, éstos son figuras complementarias del planeamiento que participan de la misma naturaleza de los planes en cuanto destinados a establecer, adaptar o reajustar alineaciones y rasantes señaladas en los Planes Generales o Parciales, reordenar los volúmenes determinados en éstos y completar, en su caso, la red de comunicaciones definida en los mismos<sup>847</sup>. No aparecen en la lista del art. 1 del RDU, y por tanto no son actos requeridos de licencia previa, sino que son parte del planeamiento urbanístico, que como hemos dicho quedó excluido del art. 320.1 CP puesto que éste solo insertó como conducta típica los informes de los proyectos de edificación.

### 2.3 La “contrariedad a las normas urbanísticas vigentes” del art. 320 CP.

A través de este elemento típico se incorpora en el art. 320 CP una norma penal en blanco cuyo contenido ha de completarse con lo dispuesto en las normas reclamadas en el tipo<sup>848</sup>. Sin embargo, de la forma y manera en que está redactado el mismo lo que hace es añadir una gran incertidumbre, confusión e inseguridad jurídica al presente delito, acrecentándose sus dudas de constitucionalidad, máxime cuando dicha norma de reenvío es lo que define el contenido esencial de la materia de prohibición del art. 320 CP<sup>849</sup>.

---

<sup>847</sup> Ver arts. 14 de la Ley del Suelo de 1976 y 65 y 66 del RD 2159/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento Urbanístico, modificado por el RD 304/1993; Vid. asimismo FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho urbanístico*, 12ª. ed. 1997, p. 71.

Para BOIX REIG/JUANATEY DORADO, en *Comentarios arts. 320, 322 y 329 CP*, en ComCP de 1995, vol. II, de Vives Antón, 1996, p. 1582, el empleo del femenino en el término “contrarias” se debe sólo a un error lingüístico y que tanto los proyectos de edificación como las licencias -sobre los que recae el informe favorable- han de ser contrarios a las normas urbanísticas.

<sup>848</sup> Como afirma acertadamente ACALE SÁNCHEZ, en *La responsabilidad del funcionario público y de la autoridad en el Tit. XVI del CP: Especial referencia al art. 320*, p. 124, con este tipo de normas en blanco se logra una doble ventaja; por una lado, se unifica en el corazón del tipo penal lo legislado y actuado en el ámbito administrativo; y por otro, se permite -sin actualizar el CP- incorporar las novedades al texto punitivo de acuerdo con las modificaciones administrativas que se vayan produciendo en la norma de complemento.

<sup>849</sup> Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, *La responsabilidad penal de la Administración urbanística: el párrafo 2º. del art. 320 CP*, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, cit., 1998, p. 185.

Asimismo GÓRRIZ ROYO advierte, en *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., p. 27, que uno de los problemas más importantes del art. 320 CP es su configuración técnica y material como norma



Llama poderosamente la atención en este tipo penal el hecho de que estando inserto en un Capítulo I que se titula “de los delitos sobre la ordenación del territorio”, sólo se aluda a un sector del mismo como es el urbanismo y no recoja en toda su extensión todo lo que es el uso y aprovechamiento del suelo. Se comprueba así, una vez más, la enorme descoordinación existente entre los dos tipos penales de ese Capítulo (arts. 319 y 320 CP), así como la ausencia de coincidencia entre sus ámbitos de aplicación, ya que, mientras en el art. 319.1 y 2 CP parece referirse a la ordenación del territorio, el art. 320 CP se limita únicamente a lo que es el urbanismo<sup>850</sup>. Puede dar la impresión como si en este último delito, la propia normativa urbanística tenga la consideración de bien jurídico a proteger, cuando esto no puede ser así, según se comprobó al estudiarse esta cuestión en la Segunda Parte de la tesis. Por eso hay que seguir insistiendo que lo protegido penalmente en este delito es la llamada “ordenación del territorio” (aparte del correcto funcionamiento de la Administración pública) pero no el contenido de las propias normas urbanísticas.

En los siguientes epígrafes se analizará toda una serie de cuestiones polémicas, debiendo advertirse dos aspectos que interesan sumamente: el primero es que la *contrariedad* aludida como elemento típico nos remite a la “injusticia-arbitrariedad” analizada dentro de los “elementos comunes objetivos” de los arts. 320, 322 y 329 CP; y el segundo es que este elemento de las “normas urbanísticas vigentes”, pese a tener que interpretarse restrictivamente, ha de relacionarse con la rúbrica del Cap. I del Tit. XVI (Libro II) del CP, lo que permite excluir del campo de lo penalmente relevante infracciones de normas de esta clase (urbanísticas) que a su vez no pongan en riesgo lo que se viene denominando *ordenación del territorio*, entendido como aquel campo orientado a una racional distribución del suelo o del espacio físico<sup>851</sup>. Dicho con un ejemplo, por mucho que se vulnere una norma urbanística por el hecho

---

penal en blanco, así como la accesoriedad que a raíz de ello manifiestan respecto al Derecho administrativo y específicamente con relación al derecho urbanístico. La referencia “normas urbanísticas vigentes” resulta un tanto difícil de concretar y plantea la duda acerca de si la seguridad jurídica resulta o no salvaguardada en la medida en que sería necesario. A través de dicha remisión “en blanco” se trasladan al ámbito penal cuestiones posiblemente aún no cerradas a debate en el orden administrativo. Entre ellas destaca la necesidad de esclarecer en cada Comunidad Autónoma si es de aplicación preferente la legislación urbanística estatal, o la autonómica allí donde exista, como parece deducirse con carácter general de la STC 164/2001, de 11 de julio.

<sup>850</sup> El Proyecto de Ley Orgánica de 15 de enero de 2007 de modificación del CP, en lo que se refiere al art. 320, amplió acertadamente la *contrariedad* a las normas vigentes no sólo urbanísticas sino también a las referidas a la ordenación del territorio. Lo mismo acontece con el actual Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Código penal del Ministerio de Justicia de 14 de nov. de 2008.

<sup>851</sup> GÓMEZ TOMILLO, *Urbanismo, función pública y Derecho penal*, cit., p. 133.

de informar o conceder licencia injusta para pintar una fachada o abrir un hueco en la misma, esto no puede incidir en modo alguno respecto a la distribución racional del territorio, y por tanto, el informe favorable a la concesión de una licencia ilegal al respecto por parte de funcionario debería considerarse fuera del alcance del art. 320.1 del CP<sup>852</sup>.

### 2.3.1 Delimitación del término *urbanismo* frente al de *ordenación del territorio*.

Si bien es cierto que ambos términos tienen puntos en común<sup>853</sup>, también lo es que no pueden equipararse o tenerse por similares. La ordenación del territorio es un concepto más amplio que el urbanismo, que es definido por RODRÍGUEZ RAMOS<sup>854</sup> como “parte de la ordenación del territorio consistente en la determinación de los usos del suelo en relación a la creación, mantenimiento y mejora de los núcleos de población”. Por otra parte, no podemos olvidar que el vocablo “urbanismo” procede de la palabra latina *urbs*, referida a la ciudad, y por tanto, mucho más restringida de todo lo que es el territorio-suelo (y su ordenación racional) en sí mismo.

Asimismo en el ámbito constitucional el art. 148.1.3º de la CE, al regular las competencias de las comunidades autónomas, diferencia claramente entre lo que es “la ordenación del territorio”, “el urbanismo” y “la vivienda”, concibiéndolos como términos distintos y diferentes. Por su parte, PAREJO ALFONSO<sup>855</sup> destaca que las normas urbanísticas, por más que intervengan en ellas las Comunidades Autónomas, poseen un carácter local-municipal, o lo que es lo mismo, referido al espacio de

---

<sup>852</sup> Cosa distinta sería que el informe o concesión de licencia tendente a facilitar el hueco se efectuase en edificio singularmente protegido y que por lo tanto se diese vía libre a la alteración de éste; en este caso la tipicidad sería vía art. 322.1 CP.

<sup>853</sup> Concretamente la STC 77/1984, de 3 de julio, en su Fundamento Jurídico 2º. ha entendido que tanto en relación con la ordenación del territorio como con el urbanismo, ambas competencias tienen por objeto la *actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que pueda destinarse el suelo o espacio físico territorial*.

<sup>854</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, *Protección penal del urbanismo (pautas para criminalizar algunas conductas)*, RDUyMA, nº. 81, 1983, p. 39.

<sup>855</sup> PAREJO ALFONSO, *Prólogo*, en Los Delitos contra la ordenación del territorio, de Domínguez Luis/Farré Díaz, cit., 1999, p. 13.

convivencia urbana, frente al carácter supralocal y autonómico de las (normas) de ordenación del territorio.

De esta forma surge un importante problema en el art. 320 CP respecto a los supuestos de infracción de normas cuyo objeto es la ordenación del territorio y que no poseen un carácter propiamente urbanístico, lo que debería cerrar el paso a una potencial responsabilidad penal del funcionario cuando informase de forma contraria a las mismas. Así, por ejemplo, carecerían del carácter de *normas urbanísticas*, en sentido estricto-gramatical, las que prohibiesen edificaciones en espacios no urbanos (y por tanto no urbanísticos) especialmente protegidos por sus valores ambientales, y, consecuentemente el funcionario que informare a favor de la concesión de una licencia para edificar en esos terrenos, estaría al margen del tipo del 320.1 CP puesto que no estaría contrariando norma urbanística alguna. De ahí que se deduzca que la estructura legal del art. 320.1 CP es sumamente criticable, pues supone teóricamente excluir del perímetro de protección penal algunos de los espacios que componen el uso racional del territorio y que precisamente se encuentran más necesitados de tutela puesto porque en ellos se puede ver afectado no el interés particular sino el general<sup>856</sup>.

En mi opinión, el sentido que debe darse al art. 320 CP es que con el mismo se pretende velar por la legalidad funcional en todo lo que se refiere a la ordenación del territorio entendida como *uso y aprovechamiento racional del suelo*, y que ello se pretende hacer a través de la normativa urbanística. Por eso mismo es indispensable concretar qué debe entenderse por “normas urbanísticas vigentes” y cuales (normas) debe subsumirse en este elemento típico.

### **2.3.2 Concreción y alcance del elemento típico “normas urbanísticas vigentes” del art. 320 CP.**

A este ambiguo elemento típico -actuar en oposición a las normas urbanísticas vigentes por parte del funcionario- es imprescindible darle un adecuado contenido

---

<sup>856</sup> Vid. GÓMEZ TOMILLO, *ob. ult. cit.*, p. 130.

que además se halle en la línea del contexto que se pretende tutelar. No todas las normas urbanísticas que se hallan en vigor pueden ser integrables en el arts. 320.1 CP, sino que sólo deberán serlo las que tengan que ver en buena medida con el *uso y aprovechamiento racional del suelo*, o lo que es lo mismo con la ordenación del territorio. Por eso, partiendo de una interpretación restrictiva del tipo, será necesario ir comprobando las diversas normativas y supuestos que pueden acontecer para saber si deben subsumirse o no en este elemento objetivo.

ACALE SÁNCHEZ<sup>857</sup> considera que en el delito del art. 320 CP, hay que darle a la ley administrativa (*normas urbanísticas vigentes*) una cobertura que ha de ser medio-ambiental puesto que si sólo se tomara en consideración las normas urbanísticas de carácter general -Leyes del Suelo, Reglamento de Disciplina Urbanística etc.- la conducta del sujeto activo (funcionario público) que vulnera las prescripciones urbanísticas contenidas, por ejemplo, en la Ley de Carreteras, habría que excluirla del art. 320 CP y sólo sería subsumible, en su caso, en el delito del art. 404 CP, beneficiándose así a los efectos de la pena<sup>858</sup>. Igualmente considera que son integrables como normas de reenvío (además, obviamente, de las normativa autonómica relativa a la ordenación territorial) tanto las ordenanzas municipales urbanísticas como los planes generales de ordenación urbana (PGOU)<sup>859</sup> aunque ello por distintos motivos; mientras que las ordenanzas se enmarcan dentro de las competencias municipales de orden y buen gobierno, los planes de ordenación son el último eslabón de la cadena diseñada por las leyes del suelo (esencialmente de las Comunidades Autónomas). En efecto, esta autora partiendo del principio de que el Municipio es el ente competente en materia de planificación urbanística y defensa de la ordenación del territorio<sup>860</sup>, reconociéndole potestad de gestión y ejecución de la legislación del Estado y

---

<sup>857</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, *Los Delitos Urbanísticos*, cit. p. 263.

<sup>858</sup> Precisamente esto es lo acontecido en el Caso 10) de la Introducción a esta investigación (sobre el proyecto de urbanización Can Girona de Sitges) en donde la SAP Barcelona, Sección 10ª, de 25-4-2002 (EDJ 2002/31516) no consideró la Ley Forestal de la Comunidad de Cataluña como “norma urbanística vigente”.

<sup>859</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, *ob. ult. cit.*, pp. 269-272.

<sup>860</sup> El art. 137 CE reconoce expresamente a los Municipios autonomía para la gestión de sus intereses. Igualmente el art. 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local estipula que “1. El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal. 2. El Municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias:

.....  
d. Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; promoción y gestión de viviendas; parques y jardines, pavimentación de vías públicas urbanas y conservación de caminos y vías rurales.

de las Comunidades Autónomas (aunque no de innovación de la misma), considera que estas entidades locales tienen plena capacidad para emitir sus ordenanzas, las cuales tienen rango normativo municipal<sup>861</sup> subsumibles en dicho tipo penal. ACALE SÁNCHEZ entiende<sup>862</sup> que el PGOU municipal y demás planes urbanísticos que lo desarrollan son los que delimitan la distribución ordenada del municipio, clasificando, en su caso, los suelos en urbanizables y no urbanizables y calificando espacios en virtud de los estándares urbanísticos comprendidos en la ley del suelo (zonas verdes, viales etc.). En este sentido, todos los municipios españoles han de ordenar su territorio en base a los parámetros establecidos en esas leyes del suelo. Éstas son textos eminentemente técnicos que, por la imposibilidad de ordenar en su interior todo el territorio nacional hasta llegar al último municipio de España, utiliza la técnica del planeamiento urbanístico en virtud de la cual no ordena en sí mismo el territorio, pero sí obliga a que cada municipio lo ordene de acuerdo y en virtud de las calificaciones y clasificaciones que establece en su interior.

Para ACALE SÁNCHEZ las leyes del suelo (esencialmente autonómicas) son textos necesarios de integración con los planes generales de ordenación de cada municipio. Cuando el legislador en el art. 320 CP hace referencia a las “normas urbanísticas vigentes”, en plural, lo hace no porque las leyes del suelo autonómicas, los PGOU y los planes de desarrollo sean cosas distintas -que no lo son en absoluto-, sino porque la reclamación penal se hace a través de las leyes del suelo en las que estos planes se integra. En conclusión, el planeamiento municipal no añade nada al contenido de una ley del suelo. Por todos estos motivos -según ACALE SÁNCHEZ<sup>863</sup>- habrá que entender que estos planes generales son plenamente integrables dentro del elemento analizado de las “normas urbanísticas vigentes”.

Por su parte, GÓRRIZ ROYO<sup>864</sup> considera que esta remisión del art. 320 CP debe ser interpretada en el sentido de que únicamente sea integrada con las normas ur-

---

e. Patrimonio histórico-artístico.

f. Protección del medio ambiente”.

<sup>861</sup> Como afirma BLASCO DÍAZ, en *Ordenanza municipal y ley*, 2001, cit., p. 59, estas ordenanzas municipales técnicamente son normas reglamentarias que traen causa en la potestad reconocida en el art. 4.1 a) de la Ley de Bases de Régimen Local. Éste estipula que: “En su calidad de Administraciones públicas de carácter territorial, y dentro de la esfera de sus competencias, corresponden en todo caso a los municipios, las provincias y las islas: a) Las potestades reglamentaria y de autoorganización.

<sup>862</sup> Vid. ACALE SÁNCHEZ, *ob. ult. cit.*, p. 272.

<sup>863</sup> ACALE SÁNCHEZ, *ob. ult. cit.*, p. 269.

<sup>864</sup> GÓRRIZ ROYO, *Los Delitos de prevaricación urbanística*, cit., pp. 167, 168 y 209.

banísticas relativas al aprovechamiento y uso del suelo<sup>865</sup>, quedando excluidas las normas relativas al *ejercicio* del derecho a urbanizar<sup>866</sup>. Es decir, las *normas urbanísticas vigentes* serán las normas reguladoras del régimen de licencias para realizar actos de ejecución<sup>867</sup>. Por tanto hay que admitir que cualquier norma urbanística reguladora de los suelos y lugares que dote de contenido material a este bien jurídico-penal<sup>868</sup> y que condicione el otorgamiento de licencias urbanísticas, resultará apropiada para integrar la remisión normativa del art. 320 CP. Y ello con independencia de que dichas normas se hallen en la legislación del suelo o en leyes sectoriales protectoras de otros lugares, siempre que los valores inherentes a estos espacios contribuyan a la delimitación material de aquel bien jurídico (ordenación del territorio). En consecuencia, cabrá dotar de relevancia típica a las conductas consistentes en informar proyectos de edificación o licencias y votar o resolver éstas, cuando contravengan la Ley Conservación de Espacios Naturales, la Ley Patrimonio Histórico español o cualquier otra ley sectorial que prevea el régimen de los bienes de dominio público.

Por su parte, GÓMEZ TOMILLO<sup>869</sup>, partiendo de que muchas de las normas protectoras del suelo no pueden calificarse de *urbanísticas*, puesto que no tienen como referencia o centro de atención a la ciudad, critica severamente la estructura legal

---

<sup>865</sup> Para GÓRRIZ ROYO no es posible deslindar entre “actos de edificación” y “usos de suelo” ya que los actos relativos a la edificación conllevan un uso del suelo. Vid. *ob. ult. cit.*, p. 187.

<sup>866</sup> GÓRRIZ ROYO, *ob. ult. cit.*, p. 243; en este sentido NARVÁEZ RODRÍGUEZ afirma, en *Los delitos sobre la ordenación del territorio: la responsabilidad penal de la Administración urbanística*, APen 1997-1, p. 386, que ese derecho a urbanizar consiste en la facultad de dotar a un terreno de los servicios e infraestructuras fijadas en el planeamiento, o, en su defecto, en la legislación urbanística, para que adquiera la condición de local y para cuyo ejercicio es necesaria la aprobación de Estudio de Detalle, Proyecto de Urbanización o cualquier otro instrumento previsto en la normativa aplicable.

<sup>867</sup> Vid. GÓRRIZ ROYO, *ob. ult. cit.*, p. 168. Esta autora afirma esto porque entiende que al exigirse la contradicción entre la norma urbanística y las licencias o los proyectos de edificación, se impone dotar de coherencia interna al contenido del art. 320 CP relacionándolo con el art. 319 CP, donde se tutela exclusivamente el bien denominado “ordenación del territorio”.

<sup>868</sup> Es decir, serían incluibles todas las normas que regulan los suelos y lugares previstos en el art. 319 CP y las que regulan otra clase de suelo como son los suelos urbanos y urbanizables además de las normas que regulen la concesión de toda clase de licencias no solo las de obra (en las que se abarcarían las construcciones y edificaciones) sino también las de otros usos (por ejemplo las normas de parcelaciones). Por lo tanto serían subsumibles dentro de esta remisión normativa cuantas normas se refieran al régimen de autorizaciones previsto para:

1. Realizar usos y actos de edificación en bienes de dominio público,
2. Lugares protegidos por la legislación sectorial de patrimonio histórico y espacios naturales,
3. Clasificaciones equivalentes de las leyes del suelo autonómicas y el suelo no urbanizable que, por manifestar determinados valores, así califique el planeamiento general.
4. Los planes urbanísticos y ordenanzas relativas al régimen de licencias en suelo urbano y urbanizable.

Vid. GÓRRIZ ROYO, *ob. ult. cit.*, pp. 182 y 208.

<sup>869</sup> Vid. GÓMEZ TOMILLO, *Urbanismo, función pública y Derecho penal*, cit., pp. 130-134.

del art. 320.1 CP, ya que supone excluir del perímetro de protección penal algunos de los espacios que precisamente se encuentran más necesitados de tutela en tanto que afectan al interés general. En efecto, ante la falta de coincidencia entre los ámbitos de aplicación de los apartados 1 y 2 del art. 319 y el 320.1 CP, es sumamente dudoso que se pueda aplicar a las normas que protegen los espacios tan altamente valorados en el art. 319 CP el calificativo de *urbanísticas*. Para este autor carecería de sentido una interpretación que pretendiera poner en relación ambos preceptos (arts. 319 y 320 CP) y limitar exclusivamente el ámbito de aplicación del art. 320.1 CP a las hipótesis en las que el informe favorable a la concesión de una licencia o a un proyecto de edificación se refiera a los supuestos descritos previamente en el art. 319 CP (construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes etc. y edificación no autorizable en suelo no urbanizable). Es decir, para GÓMEZ TOMILLO, ambos preceptos poseen un ámbito de aplicación propio e independiente, sin que tengan que vincularse, siendo por ello que propone una interpretación restrictiva de la idea de “normas urbanísticas vigentes” que, puesta en contacto con la rúbrica del Título y Capítulo, permita excluir del campo de lo penalmente relevante infracciones de normas de esta clase que, a su vez, no puedan calificarse propiamente como normativa de ordenación del territorio (en el sentido de estar orientada a una distribución racional del suelo y del espacio físico).

Con las anteriores posiciones no se hace otra cosa más que poner de manifiesto la enorme dificultad interpretativa que, en mi opinión, conlleva el elemento típico de las “normas urbanísticas vigentes”. Ciertamente será difícil establecer una pauta de carácter general que no sea la de afirmar que con esa expresión ha de entenderse a toda aquella serie de normas (estatales, autonómicas o en su caso, municipales) que se refieran al uso y aprovechamiento racional del suelo (o incluso subsuelo) y que tiendan a ordenar el territorio español de manera equilibrada, pues es lo que constituye su esencia. Intentar especificar o profundizar más supondría tener que analizar el caso concreto y comprobar la norma específica que supuestamente se vulnera para comprobar si es subsumible como norma accesoria dentro del tipo penal del art. 320.1 CP.

En toda esta cuestión entiendo que las ordenanzas municipales urbanísticas, en principio, son subsumibles dentro de este elemento típico. Esto en base a que tal integración en el bloque de legalidad de la materia urbanística ha sido reconocida

jurisprudencialmente<sup>870</sup> y también por la doctrina administrativista<sup>871</sup>. Sin embargo, esa integración debe hacerse limitadamente en el sentido de que sólo deberá tenerse en cuenta el contenido de las ordenanzas en lo que se refiere a los aspectos que pueden poner en riesgo el bien que pretendidamente se intenta tutelar: carecería realmente de sentido condenar a un funcionario público por haber informado favorablemente la concesión de una licencia para una edificación, que, según la ordenanza municipal sólo permite dos alturas y que ese funcionario hubiera recomendado (informando) la elevación a tres alturas. En este caso, dicha infracción de la ordenanza municipal urbanística debería ser atípica dada la irrelevancia para la ordenación del territorio, y sólo merecería, en su caso, sanción por la vía administrativa. Igual acontecería respecto a las licencias ilegales -por ser contrarias a las ordenanzas municipales de edificación- tendentes a abrir huecos en fachadas o tejados, respecto a la instalación y cerramiento de terrazas a través de carpintería metálica, respecto al color de las fachadas o a las pendientes de las cubiertas etc., salvo que estos fueran edificios singularmente protegidos por ser parte del patrimonio cultural<sup>872</sup>.

De la misma forma entiendo que la concesión de licencias (o sus informes a favor) que vulneren frontal y gravemente los planes de ordenación urbanística municipales (o en su caso normas subsidiarias) por parte de las autoridades o funcionarios deben ser típicos, en tanto que lo que indirectamente se estaría atacando sería la legislación del suelo (bien sea estatal o autonómica)<sup>873</sup>. Por el contrario, creo que deben excluirse de este elemento típico objetivo analizado del art. 320.1 CP los proyectos de urbanización, el proyecto de delimitación de suelo urbano y los llamados

---

<sup>870</sup> La STS, Sala 3ª, de 23-2-1988 (EDJ 1988/1495) establecía en su FD 3º: “Con el encuadramiento actual de las Ordenanzas Municipales, ni puede pretenderse con ellas desconocer el conjunto de normas superiores a ellas en jerarquía, ni privarles del campo de competencia que les corresponde, en razón de los fines que justifican su existencia y razón de ser. Ordenanzas que pueden estar integradas en el Plan General de Ordenación Municipal (artículo 12.3.c.) de la Ley del Suelo, artículo 37.3 del Reglamento de Planeamiento) o nacer por separado, en ejercicio de la potestad ordinamental de éstos entes (artículo 4.1.a) de la Ley de Bases de Régimen Local, 7/1985 de 2 de abril)”.

Asimismo la STS, Sala 3ª, de 22-1-1996 (EDJ 1996/374) en su FD 6º. indica: “De modo que tanto si la normativa del Título 2º de las Ordenanzas de la Revisión del Plan General de Sevilla de 28 de diciembre de 1987, aplicable a este caso que nos ocupa es semejante a la que declaró nula este Tribunal Supremo en la citada sentencia de 18 de octubre de 1990, como si no es así, dado que **el marco de referencia legal de este nuevo Plan de 28 de diciembre de 1987 se encuadra en el TR de la Ley del Suelo** de 1976, el resultado anulatorio de la llamada reparcelación económica discontinua deberá mantenerse.

Vid. Igualmente la STS, Sala 3ª, de 30-1-2008 (EDJ 2008/35322).

<sup>871</sup> Por todos, GARCÍA DE ENTERRIA/PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho urbanístico*, 1981, p. 179; y RAMÓN-TOMÁS FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho urbanístico*, 1997, cit., p. 76.

<sup>872</sup> En este sentido, CASTRO BOBILLO, *Los delitos contra la ordenación del territorio*, APen, 1997-1, marginal 416.

<sup>873</sup> En contra, BARRIENTOS PACHO, *Delitos relativos a la ordenación del territorio*, LL, 1996-6, p. 1561.



“catálogos” porque, como afirma RAMÓN-TOMÁS FERNÁNDEZ<sup>874</sup>, carecen de naturaleza o carácter normativo.

Un último aspecto sobre el que hay que pronunciarse es sobre la *vigencia* que han de tener las normas urbanísticas a las que se refiere este delito funcional del art. 320 CP. Esta cuestión no plantea ningún problema respecto de la legislación estatal o autonómica ya que la misma será a partir del momento en el que la norma se haya publicado en el Boletín Oficial correspondiente y haya transcurrido, en su caso, el período de *vacatio legis*. Mayor problema puede acontecer respecto a la *vigencia* de las ordenanzas municipales y los planes generales y afines. Según establece el art. 70 n.º. 2 de la Ley de Bases de Régimen Local, las ordenanzas -incluido el articulado de las normas de los planes urbanísticos, así como los acuerdos correspondientes a éstos cuya aprobación definitiva sea competencia de los entes locales- se publicarán en el “Boletín Oficial de la Provincia” y no entrarán en vigor hasta que se haya publicado completamente su texto y haya transcurrido el plazo previsto en el artículo 65.2 (quince días hábiles). Estas normas (plan general, normas subsidiarias municipales etc.) han de estar vigentes al tiempo de informar o conceder la licencia ilegal, de tal forma que si no han estado en vigor no puede cometerse el delito del art. 320.1 CP.

El problema que surge -lamentablemente- en la práctica es que muchos municipios conceden licencias en atención a planes que están pendientes de aprobación (y por tanto están sin publicarse en el Boletín pertinente), de modo que se pueden *convalidar* “a posteriori” obras que indudablemente son *ilegales* o edificaciones autorizables<sup>875</sup> (según especifica el art. 319.2 CP). Esta problemática tiene una difícil solución. En esta línea, VERCHER NOGUERA<sup>876</sup> considera que una vez elaboradas las normas de planeamiento por la Corporación municipal, si vinieren siendo aplicadas en la práctica por ésta, podría entenderse que esas normas habrían adquirido carácter público por existir una cierta conciencia social sobre la misma y, pese a no estar publicadas, habría que considerar que su infracción sería subsumible dentro del elemento típico al que se está haciendo referencia<sup>877</sup>. En mi opinión no se puede estar

---

<sup>874</sup> RAMÓN-TOMÁS FERNÁNDEZ, *ob. ult. cit.*, pp. 77-79.

<sup>875</sup> GÓRRIZ ROYO, *Los delitos de prevariación urbanística*, p. 202.

<sup>876</sup> VERCHER NOGUERA, *La Delincuencia Urbanística (Aspectos penales prácticos sobre Urbanismo y Ordenación del Territorio)*, cit., p. 223.

<sup>877</sup> VERCHER NOGUERA, al hacer esta aseveración, en *ob. ult. cit.*, p. 226, toma en consideración la STC 181/1998, de 17 de septiembre (Recurso de Amparo n.º. 3002/1995), según la cual, y refiriendo-

de acuerdo con esta posición ya que otorga al término “vigencia” del art. 320.1 CP una interpretación tan extensiva y analógica que está fuera de lugar. Creo que en estos supuestos deberá acudir a la ley del suelo aplicable en base a la cual se proyectó el Plan urbanístico pendiente de publicación y comprobar si se ha contradicho el contenido mismo de la ley, que sí estaría en vigor<sup>878</sup>.

## 2.4 La gravedad de la infracción en el delito del art. 320 CP.

En su condición de delito de peligro abstracto puro, el art. 320 CP no proporciona dato material alguno sobre la entidad del riesgo penalmente protegido respecto al bien jurídico denominado “ordenación del territorio”. Es más, la interpretación más difundida asocia el contenido de la lesividad del tipo penal -aparte del ataque a la función pública- a la mera violación de la normativa reguladora de la ordenación del territorio que tiende a proteger y mejorar la calidad de vida de todos. Como advierte SILVA SÁNCHEZ<sup>879</sup>, en dicho delito funcional no se manifiesta la exigencia de que la conducta ponga en peligro tal bien. Se parte de la presunción de que la infracción formal de las normas urbanísticas han de desprender un contenido materialmente lesivo. Parece como si el legislador criminalizara ilícitos que en muchos casos pue-

---

se al delito de daños contra el patrimonio histórico del art. 558.5 del CPA, afirma en su FD 8º. “No constituye requisito integrante del tipo penal el de que preceda la declaración de interés cultural de los bienes dañados, pues la protección penal se dispensa respecto de los que, con declaración formal o sin ella, integran el ámbito objetivo del Patrimonio Histórico español, conforme éste es configurado por la citada Ley 16/1985“. Este autor entiende que de la misma manera que la protección penal -según la citada sentencia- se dispensa a un bien histórico por razones de naturaleza objetiva y al margen de cualquier formalismo legal, podría hacerse aplicable al art. 320.1 CP vigente por el simple hecho de que, infringida y aplicada reiteradamente las normas aprobadas (PGOU, normas subsidiarias municipales etc.), éstas no estuvieren publicadas en el Boletín oportuno.

<sup>878</sup> Este fue el criterio utilizado por la SAP de Santander de 24-6-2002 (EDJ 2002/41071), expuesto como caso num. 8) de la introducción de este trabajo; La Audiencia condenó al alcalde imputado que concedió una licencia ilegal no en virtud de la infracción de las normas subsidiarias aprobadas en 1989, que no estaban publicadas y por lo tanto no eran norma jurídica vigente, sino en base a la Ley del Suelo de 1992, la cual se vulneró, ya que el lugar en donde se edificó era suelo no urbanizable y por tanto estaba prohibido alzar una obra nueva como fue un hotel; por ello no se podía haber dado la licencia que se otorgó por parte del Presidente del Ayuntamiento.

<sup>879</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Introducción. Necesidad y legitimación de la intervención penal en la tutela de la ordenación del territorio*, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, 1998, cit., pp. 20 y 29.

den ser de bagatela, dejando al margen supuestos que sí que podrían constituir graves agresiones al suelo como hábitat humano. Según este autor -y salvo que se proceda a una interpretación restrictiva que reduzca la tipicidad a los casos en que un hecho individualmente considerado cree un riesgo significativo para las propiedades y configuración del suelo como elemento del medio ambiente humano- las conductas contempladas en el referido tipo no muestran el contenido mínimo de desvalor para justificar la intervención del Derecho penal<sup>880</sup>.

Si a lo anteriormente manifestado añadimos la incongruencia o discrepancia existente entre la norma penal y la administrativa (en el sentido que mientras que ésta, a través del art. 228.2 de la Ley del Suelo de 1976, sanciona con multa el otorgamiento o informe de licencias por parte del funcionario, cuyo contenido sea manifiestamente constitutivo de una infracción urbanística *grave*, en oposición a lo dispuesto en el art. 320 CP que únicamente exige la “contrariedad a las normas urbanísticas vigentes” sin determinar el nivel de la ilicitud) tendremos la magnitud del problema. Podría suceder, incluso, que en la vía penal se penalizasen conductas más livianas que los hechos sancionados por la Administración en lo que se refiere a los ilícitos cometidos por los funcionarios en los informes o concesiones de licencias urbanísticas, lo que no es admisible según los principios básicos que deben regir el Derecho penal, como son el de la *última ratio* o el de proporcionalidad.

Precisamente para evitar esto último, la doctrina penal española ha entendido de manera unánime<sup>881</sup> que la aplicabilidad del art. 320 CP -con posible imposición de la pena de privación de libertad- exige que la contrariedad a las normas urbanísticas vigentes haya de tener una entidad o carácter de evidente gravedad. Por ello, sólo serán punibles aquellos comportamientos que, abarcados por la descripción típica, comprometan de alguna manera, aunque incluso sea presuntamente, el bien jurídico protegido penalmente y se hallen dentro del ámbito de prohibición de la norma penal

---

<sup>880</sup> Por eso SILVA SÁNCHEZ considera, en *ob. ult. cit.*, p. 36, que en el art. 320 CP hay que exigir para las conductas materialmente típicas la concurrencia de una puesta en peligro grave de las propiedades del suelo como elemento integrante del hábitat humano. Se debe configurar interpretativamente este delito funcional urbanístico como un delito de explotación irracional (del suelo) sujetándolo a criterios, como mínimo, correspondiente a los que el legislador propone para los delitos contra el medio ambiente.

<sup>881</sup> Por todos, TERRADILLOS BASOCO, *La responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente*, EPC, t. XX, 1997, pp. 322-323; MUÑOZ CONDE, DP PE, 16ª. 2007, p. 552; GARCÍA PLANAS, *El Delito Urbanístico (Delitos relativos a la Ordenación del Territorio)*, cit., p. 95; y NARVÁEZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal de la Administración urbanística: el art. 320 CP*, APen, nº. 270, 21-11-1996, p. 3; GÓMEZ TOMILLO, *Urbanismo, función pública y Derecho penal*, cit., pp. 141-150.

base. En conclusión, solo puede tratarse de comportamientos graves y, según recuerda GÓMEZ TOMILLO<sup>882</sup>, la determinación y análisis de este elemento tácito del art. 320 CP deberá realizarse en sede del primer nivel de la imputación objetiva.

## **2.5 La problemática jurídico-penal de la aprobación o modificación arbitraria de los planes urbanísticos (las “recalificaciones ilícitas” del suelo).**

La aprobación o modificación de los planes urbanísticos contrarios a los intereses generales, y que tienden a beneficiar exclusivamente intereses privados, ha sido, sin duda, lo que más ha deteriorado el territorio en nuestro país. Estas actuaciones se oponen frontalmente al art. 47 CE en tanto que éste predica un uso del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación, que es precisamente todo lo contrario a lo que acontece en estas “recalificaciones ilícitas”.

Sin embargo, no podrá ser típica la aprobación arbitraria de estos instrumentos de planeamiento urbanístico por parte de las autoridades y funcionarios públicos de una Corporación municipal (a través del voto a favor) o de cualquier otro organismo de la Administración pública (Comunidades Autónomas), ya que estos comportamientos no se incluyeron en el art. 320 CP<sup>883</sup>, que sólo se refiere a informes de proyectos de edificación y concesión de licencias ilegales o al otorgamiento mismo de éstas.

No obstante, no habría ningún inconveniente para calificar como prevaricación administrativa la conducta de las autoridades o funcionarios públicos que determinen la calificación de un determinado tipo de suelo o los usos o aprovechamientos que puedan realizarse en él, ejerciendo su potestad para fines particulares, distintos

---

<sup>882</sup> GÓMEZ TOMILLO, *ob. ult. cit.*, p. 144.

<sup>883</sup> Como bien afirma RAMÓN-TOMÁS FERNÁNDEZ, en *Manual de Derecho Urbanístico*, cit., p. 290, una de las críticas que mejor se puede hacer al art. 320 CP. es lo corto que se ha quedado respecto a su tipificación. Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio no rozan ni de lejos lo que ha venido siendo el foco principal de los fenómenos de corrupción que a todos nos preocupan como son las recalificaciones que tienen que ver con el ejercicio de la potestad de planeamiento y no con la disciplina urbanística.

de los fijados por el ordenamiento jurídico, ello a través de resoluciones arbitrarias, tomadas a sabiendas de su injusticia<sup>884</sup>. Por el contrario, del estudio de la jurisprudencia penal en este punto, se llega a la decepcionante conclusión de que muy excepcionalmente<sup>885</sup> se plantea responsabilidad por un delito del art. 404 CP en los supuestos de recalificaciones ilegales y arbitrarias de planes urbanísticos, cuando la realidad demuestra que este tipo de acontecimientos es habitual.

En mi opinión, siguiendo a POZUELO PÉREZ<sup>886</sup>, concurriría la condición de “funcionario” en las personas que aprobasen las “recalificaciones arbitrarias”, según exige el art.404 CP, y que serían bien todos los concejales (funcionarios-autoridades) del Pleno del Ayuntamiento que, votando a favor, consiguieren aprobar inicial y provisionalmente el plan urbanístico arbitrario o su modificación, o bien los funcionarios, propiamente dichos, del órgano autonómico que lo aprobase de forma definitiva, injustamente.

Por su parte, los dos requisitos objetivos de la prevaricación, que son la existencia de “resolución” y su carácter de “arbitraria”, también se cumplimentarían por lo siguiente:

1. Si la “resolución” es un acto de la Administración pública que afecta a los derechos o intereses de los administrados (interés general), no habrá ningún problema en afirmar que el acto por el que se aprueba o modifica un plan urbanístico entra dentro de aquella definición, ya que los cambios en él introducidos afectan a derechos o intereses relativos al urbanismo y ordenación del territorio.
2. El carácter “arbitrario” de la resolución que aprueba o modifica el plan urbanístico dependerá de que suponga un auténtico abuso o desviación de poder, término éste cuyo alcance habrá que precisarse en base a la nueva interpretación aportada por la jurisprudencia contencioso-administrativa<sup>887</sup>.

Como han advertido numerosas STS<sup>888</sup> habrá desviación de poder en aquellos supuestos en los que la potestad de planificación urbanística se ejerce para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico, lo que se traduce en que esa

---

<sup>884</sup> Vid. POZUELO PÉREZ, *La delincuencia urbanística*, en Derecho penal de la Construcción: Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo, 2006, p. 84.

<sup>885</sup> Vid. STS 26-6-2003 (EDJ 2003/49528).

<sup>886</sup> Vid. POZUELO PÉREZ, ob. ult. cit., pp. 85-91.

<sup>887</sup> En realidad la jurisprudencia penal cuando interpreta el concepto de la arbitrariedad como necesidad de que la injusticia sea “evidente, grosera, clamorosa ect.”, no arroja suficiente luz al análisis de estos casos de aprobación ilegal de planes urbanísticos.

<sup>888</sup> SSTs, Sala 3ª., de 21-1-1997 (EDJ 1997/10396), 14-1-1998 (EDJ 1998/180), 16-5-2000 (EDJ 2000/19396), 18-2-2002 (EDJ 2002/1885), 18-2-2004 (EDJ 2004/7314), 13-7-2004 (EDJ 2004/159991).

potestad se ejerce en beneficio de intereses particulares<sup>889</sup>. Tales intereses generales-urbanísticos serán los recogidos en el art. 47 CE, es decir, que la ordenación territorial esté subordinada a la adecuada satisfacción de las necesidades sociales y del interés público, con ausencia, en todo caso, de cualquier tipo de arbitrariedad en la solución de los problemas urbanísticos planteados dentro de una realidad social determinada<sup>890</sup>. En este sentido conviene señalar que, cuando este tipo de modificaciones en la calificación del suelo o en sus usos no queda justificada suficientemente por razones de interés general, con toda seguridad existe detrás una operación financiera a la que no es ajena la institución que aprueba el plan urbanístico.

La constancia de la existencia de la “arbitrariedad” -como desviación de poder y exigencia de la prevaricación del art. 404 CP-, se deducirá mediante el análisis de la motivación del concreto acto administrativo. En el ámbito de los planes urbanísticos el instrumento que permite valorar si su contenido responde o no al interés general al que está obligado por el art. 47 CE será la Memoria justificativa que se debe adjuntar a dichos planes. Como ha señalado la jurisprudencia contencioso administrativa<sup>891</sup>, el Plan o Normas Subsidiarias exigen como elemento integrante esencial la Memoria, pues la profunda discrecionalidad del planeamiento explica la necesidad esencial de la misma como elemento fundamental para evitar la arbitrariedad. De su contenido ha de fluir la “motivación” de las determinaciones del planeamiento, como de las modificaciones que puedan producirse. En definitiva, tanto la ausencia de esa Memoria en la aprobación del concreto instrumento de planeamiento urbanístico como su insuficiente justifica-

---

<sup>889</sup> Esta “desviación de poder”, como señala POZUELO PÉREZ, *ob. ult. cit.*, pp. 89-90, acontece en los dos supuestos claves de la prevaricación administrativa relacionados con la aprobación de planes urbanísticos, y que son: 1) el cambio de calificación del suelo o sus usos o aprovechamientos en interés de personas privadas, y 2) la modificación del plan que tiene como objetivo esencial la legalización de unas obras, en muchos casos finalizadas, que contradicen la normativa urbanística y sobre las que, incluso, pueden recaer orden judicial de derribo.

<sup>890</sup> Por el contrario, intereses particulares serán aquellos que favorezcan de forma exclusiva, bien a sujetos integrantes de la Corporación local o Comunidad Autónoma, que son quienes deciden sobre el plan, bien a terceras personas a quienes se privilegian.

<sup>891</sup> Como indica la STS, Sala 3ª, de 14-7-2000 (EDJ 2000/23387), la Memoria es un instrumento de importancia inapreciable para controlar las determinaciones normativas del Plan, pero si entre estas y aquélla existen contradicciones y estas discordancias no tienen entidad suficiente para acordar la nulidad del Plan, la sentencia de esta sala de 30 de marzo de 1988 (EDJ1988/2723) declara que deben prevalecer las determinaciones normativas.

Vid. También SSTs, 18-3-2003 (EDJ 2003/15215), 13-7-2004 (EDJ 2004/159977) y 6-5-2005 (EDJ 2005/139451).

ción acerca de las necesidades de modificación del suelo, o de sus usos y aprovechamientos conforme al interés general pueden constituir prueba suficiente de la arbitrariedad de la resolución adoptada por la Administración, municipal o autonómica, lo que permite afirmar la existencia de un delito de prevaricación administrativa<sup>892</sup>.

En mi opinión la exclusión de estas conductas funcionariales del art. 320 CP es un grave error del legislador ya que las “recalificaciones arbitrarias” solo podrán perseguirse por la vía del art. 404 CP con los enormes inconvenientes y desigualdades punitivas que ello acarrea. Efectivamente, mientras que las autoridades o funcionarios que arbitrariamente aprobasen o modificasen un plan general urbanístico en el pleno de una Corporación local, en el peor de los casos, sólo serían castigados con una pena de inhabilitación especial (de siete a diez años), con el gravísimo daño que acarrearía a la ordenación del territorio (pues podría permitir la construcción de grandes urbanizaciones), otro funcionario (p.ej. arquitecto municipal) que informase a favor de la concesión de una licencia para construir una sola vivienda en una zona no urbanizable podría ser condenado, aparte de la citada pena de inhabilitación especial, a otra cumulativa nada menos que de prisión de hasta dos años. La desproporcionalidad en cuanto a la relación pena-gravedad de la conducta y afectación al bien jurídico es enorme entre ambos sujetos activos reseñados.

### **3. Elementos objetivos específicos del delito del art. 322 CP.**

Aunque se pueda considerar positiva la tipificación específica de las conductas ilícitas de los funcionarios públicos competentes en la protección del patrimonio cultural, no cabe la menor duda de que el texto del art. 322 CP refleja una significa-

---

<sup>892</sup> Vid. POZUELO PÉREZ, *ob. ult. cit.*, p. 92.

tiva falta de rigor tanto respecto a la técnica de tipificación utilizada<sup>893</sup>, como al contenido de los elementos objetivos detallados en el mismo.

Precisamente por ser el Patrimonio cultural español y la ordenación del territorio bienes jurídicos-penales autónomos y diferenciables, hubiera sido mucho más acertado diferenciar y deslindar claramente en sus respectivos Capítulos las conductas relativas a cada uno de sendos bienes jurídicos en vez de incluirse, como se hizo, en el Cap. I del Tit. XVI (relativo a la ordenación del territorio) diversos elementos objetivos referidos al Patrimonio cultural (concretamente en el art. 319.1 CP).

Como ha advertido GUIASOLA LERMA<sup>894</sup>, la ausencia de medidas de coordinación entre las técnicas típicas de la normativa específica de defensa de dicho patrimonio y el urbanismo (en lo que se refiere a las licencias y autorizaciones) ha sido una de las causantes de la inadecuada protección penal a la que se ha visto sometido nuestro Patrimonio Histórico. En efecto, las conductas tanto funcionariales como particulares, que dañen o pongan en riesgo el patrimonio histórico, pese a ser comportamientos en buena parte vinculados al afán especulativo del mercado inmobiliario<sup>895</sup>, requerían una protección penal mucho más global a como se plasmó finalmente en el texto punitivo.

En el sistema penal vigente relativo a este tipo de delitos sobre el patrimonio cultural, nos encontramos con que los únicos comportamientos funcionariales que se tipifican son los referidos a los informes favorables relacionados con los “edificios singularmente protegidos” cuando en los mismos se proyectase su alteración o derribo, quedando al margen todo lo que no sea esos *edificios*, como pudieran ser los parques nacionales, monumentos, espacios históricos-culturales o paisajísticos o los yacimientos arqueológicos que sólo quedan tipificados como delito, también lesivo, cuando concurra la existencia del daño pertinente (art. 323 CP).

En los epígrafes que siguen a continuación se irá estudiando el vínculo objetivo existente entre este delito funcional y el tipo básico, el contenido de las normas de reenvío -alguna de las cuales se halla dentro de lo que podría catalogarse como

---

<sup>893</sup> Téngase en cuenta que mientras que el art. 322 CP hay que entenderlo como delito de peligro abstracto, los arts. 321 y 323 CP (referidos al derribo y alteración de edificios singularmente protegidos así como a los daños en bienes de gran valor cultural y yacimientos arqueológicos) han de ser considerados como delitos de resultado.

<sup>894</sup> Vid. GUIASOLA LERMA, *Delitos contra el Patrimonio Cultural (Arts. 321 a 324 CP)* cit., p. 565.

<sup>895</sup> No puede olvidarse que la inmensa mayoría de este tipo de inmuebles “culturales” se hallan en el interior de las ciudades las cuales siempre requerirán de su correspondiente ordenación urbanística.



“normativa de ordenación del territorio”<sup>896</sup> - y, consiguientemente, lo que ha de entenderse por proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos (en cuanto se refiere a su informe favorable), así como la necesidad del doble trámite en el otorgamiento de la licencia respecto a las obras y derribos de edificios singularmente protegidos, pues son dos las Administraciones que tienen que pronunciarse al respecto (una la municipal y otra la del organismo histórico-cultural pertinente).

### **3.1 Las conexiones o vínculos del delito funcional (art. 322 CP) con el tipo básico del art. 321 CP.**

En el art. 329 CP se puede comprobar que las conductas activas de las autoridades y funcionarios públicos allí tipificadas van dirigidas a los mismos tipos de actos contaminantes a los que se refiere el art. 325 CP. Igualmente se ha indicado la des-  
certada falta de uniformidad del art. 320 CP respecto al delito especial del art. 319 del CP relativo a los delitos sobre la ordenación del territorio.

Sin embargo, en lo que se refiere a los delitos sobre el patrimonio histórico concurren dos delitos, arts. 321 y 322 CP<sup>897</sup>, con marcado carácter formalista en el sen-

---

<sup>896</sup> Piénsese por ejemplo el RD 2159/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento Urbanístico (RPU), modificado por el real decreto 304/1993. El art. 86 del mismo estipula que:  
“1. Los Catálogos son documentos complementarios de las determinaciones de los Planes Especiales, en los que se contendrán relaciones de los monumentos, jardines, parques naturales o paisajes que, por sus singulares valores o características, hayan de ser objeto de una especial protección.  
2. Sin perjuicio de las medidas de protección que los Planes Generales o Normas Subsidiarias establezcan, se podrán incluir en Catálogos relaciones de bienes concretos que, situados, en cualquier tipo de suelo, deban ser objeto de conservación o mejora.  
3. La aprobación de Catálogos complementarios de las determinaciones de Planes Especiales o, en su caso, de los Planes Generales o Normas Subsidiarias se efectuará simultáneamente con la de éstos”.

También el art. 149 del mismo Reglamento estipula que “Los Catálogos, cuando no se contuvieran en Planes Generales, Especiales o Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento, se tramitarán, aprobarán y publicarán de conformidad con las reglas establecidas al efecto para los Planes Parciales”.

<sup>897</sup> Los arts. 323 y 324 CP son delitos lesivos de daños (doloso e imprudente respectivamente) que no se entienden muy bien porque se han insertado en este Capítulo, máxime cuando a lo largo del Libro II del CP se insertan continuamente delitos lesivos relacionados con el patrimonio cultural, como son los arts. 289, 235.1, 241.1, 253, 250.5º, 432 etc. CP.

tido de que necesitan una declaración previa de bien cultural<sup>898</sup>, y en los cuales el elemento objetivo principal es común, pues ambos se refieren al “derribo o alteración grave de edificios singularmente protegidos”.

No obstante, a pesar de esa aparente uniformidad, subyace entre ambos delitos importantes diferencias en cuanto a la técnica de tipificación empleada. El art. 322 CP hay que entenderlo como de peligro abstracto puro, mientras que el art. 321 CP (contrariamente al art. 325 CP que es de peligro hipotético, y al art. 319 que debe entenderse como de peligro abstracto puro) conlleva un resultado material lesivo<sup>899</sup>, que es el derribo o la alteración grave del bien cultural protegido. Asimismo el carácter de delito común del art. 321 CP (iniciado con “*los que*”) hace suponer que cualquier persona (particular, constructor, promotor o incluso funcionario público) pueda ser sujeto activo de ese delito, aunque según pone de relieve ARIAS EIBE<sup>900</sup> el hecho de que en el mismo (art. 321 CP) se contemple la imposición “*en todo caso*” de la pena de inhabilitación especial (para profesión u oficio) permite entender que el legislador de 1995 pensaba en los profesionales de la construcción y promoción cuando lo redactó definitivamente, y difícilmente podría aplicarse esa inhabilitación especial al dueño-propietario de un edificio singular que se dedica a profesión ajena a la actividad urbanística o constructora cuando procediese a derribarlo o alterarlo (total o parcialmente).

Consecuencia de todo lo anterior es que la autoridad o el funcionario público, aparte de poder incurrir en el tipo delictivo del art. 322 CP, cuando informase a favor de proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos, también podría convertirse en autor por comisión impropia (comisión por omisión) del art. 321 CP<sup>901</sup> cuando no impidiera o consintiera el derribo o alteración del edificio culturalmente protegido, que sabiendo que se va a producir no hace nada por evitarlo pese a su posición de garante, puesto que tratándose éste de un delito de resultado material, concurrían los demás requisitos del art. 11 CP, especialmente la similitud

---

<sup>898</sup> MILANS DEL BOSCH, *Delitos sobre el patrimonio histórico*, en Derecho penal administrativo, 1997, cit., p. 170.

<sup>899</sup> Por todos, SALINERO ALONSO, *La Protección del Patrimonio Histórico en el CP de 1995*, 1997, cit., p. 305; y ARIAS EIBE, *El Patrimonio Cultural. La nueva protección en los arts. 321 a 324 del CP de 1995*, 2001, cit., p. 136.

<sup>900</sup> ARIAS EIBE, *ob. ult. cit.*, p. 122.

<sup>901</sup> DEL CASO JIMÉNEZ, *Comentarios al Título XVI del Libro Segundo del CP*, en Código Penal, Comentarios y Jurisprudencia (arts. 238 a 639), t. II, coord. Sánchez Melgar, 2004, cit., p. 1629; y SALINERO ALONSO, *ob. ult. cit.*, p. 305.

o equiparación existente, en mi opinión, entre la destrucción del bien cultural y su no impedimento que expresa e ineludiblemente le competía a la autoridad o al funcionario público.

### **3.2 Análisis del elemento típico “los proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos” del art. 322 CP.**

El objeto sobre el que recae la conducta típica de este delito funcional específico es idéntico al indicado en el tipo básico del art. 321 CP, aunque la diferencia entre ambos es que en aquél (art. 322 CP) se produce un adelantamiento de la barrera punitiva, que resulta muy acentuada en su apartado primero al sancionar la emisión de informes favorables ilegales -referidos sólo a los proyectos de derribo o alteración de edificios singulares- llevados a cabo desde la *Administración Cultural* y/o local por las autoridades o funcionarios públicos con competencias al efecto.

Lo que interesa en este epígrafe es analizar el objeto sobre el que se informará favorablemente por parte de expertos en materia del patrimonio histórico, que pertenecen y forman parte de la Administración (estatal, autonómica o local), y que previsiblemente servirá de base para la concesión de determinadas licencias (elemento típico excluido incomprensiblemente en el art. 322 CP) que darán vía libre al menoscabo de los edificios especialmente protegidos que componen nuestro patrimonio cultural.

A estos efectos no se puede obviar al accesoriedad administrativa existente en este delito funcional, siendo obligatorio fijarnos en la Ley 16/1985 de 25 de junio, del Patrimonio Histórico, cuyo art. 23 establece: “1. No podrán otorgarse licencias para la realización de obras que, conforme a lo previsto en la presente Ley, requieran cualquier autorización administrativa hasta que esta haya sido concedida. 2. Las obras realizadas sin cumplir lo establecido en el apartado anterior serán ilegales y los Ayuntamientos o, en su caso, la Administración competente en materia de protección del Patrimonio Histórico Español podrán ordenar su reconstrucción o demo-

lición con cargo al responsable de la infracción en los términos previstos por la legislación urbanística”. El problema surge al no especificarse en esta normativa el cauce procedimental que ha de servir de soporte a la concesión de estas autorizaciones<sup>902</sup>, aunque las normativas autonómicas actualmente existentes en cada una de las Comunidades del Estado en buena medida han venido a cumplimentar esa carencia<sup>903</sup>. En cualquier caso, lo que no cabe duda es que para la ejecución de cualquier derribo o alteración de un edificio singularmente protegido se requerirán las licencias preceptivas de la Administración *Cultural* y local -en base esta última al art. 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales<sup>904</sup>- las cuales deberán ser también obligatoriamente informadas.

---

<sup>902</sup> Al debatirse la citada Ley se presentó una enmienda en la que se proponía que se fijase de modo expreso el procedimiento de concesión de esas autorizaciones de obras en un solo expediente que se tramitaría en la Administración Local. Dicha enmienda fue rechazada. Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales de 11 de febrero de 1985.

<sup>903</sup> A título de ejemplo podemos detallar que el art. 34.2 de la Ley 2/1999, de 29 de marzo, de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura dice “No podrán otorgarse licencias para la realización de obras que, con arreglo a la presente Ley, requieran cualquier autorización administrativa, hasta que ésta fuese concedida; en todo caso, en el procedimiento de concesión de licencias por parte de la Administración municipal se insertará el dictamen preceptivo y vinculante de la Conserjería de Cultura y Patrimonio emitido previamente”.

Asimismo véase artículos 4, 32 y 40 de la Ley autonómica 10/1998, de 9 de julio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid y art. 33 de la Ley autonómica 14/2007, de 26 de nov., de Patrimonio Histórico de Andalucía.

<sup>904</sup> Este precepto estipula lo siguiente:

1. Las solicitudes de licencias se resolverán con arreglo al siguiente procedimiento, cuando no exista otro especialmente ordenado por disposición de superior o igual jerarquía:
  - 1) Se presentarán en el registro general de la Corporación, y si se refieren a ejecución de obras o instalaciones, deberá acompañarse proyecto técnico con ejemplares para cada uno de los organismos que hubieren de informar la petición.
  - 2) En el plazo de los cinco días siguientes a la fecha del registro se remitirán los duplicados a cada uno de los aludidos organismos.
  - 3) Los informes de estos deberán remitirse a la Corporación diez días antes, al menos, de la fecha en que terminen los plazos indicados en el número 5, transcurridos los cuales se entenderán informadas favorablemente las solicitudes.
  - 4) Si resultaren deficiencias subsanables, se notificarán al peticionario antes de expirar el plazo a que se refiere el número 5 para que dentro de los quince días pueda subsanarlas.
  - 5) Las licencias para el ejercicio de actividades personales, parcelaciones en sectores para los que exista aprobado plan de urbanismo, obras e instalaciones industriales menores y apertura de pequeños establecimientos habrán de otorgarse o denegarse en el plazo de un mes, y las de nueva construcción o reforma de edificios e industrias, apertura de mataderos, mercados particulares y, en general, grandes establecimientos, en el de dos, a contar de la fecha en que la solicitud hubiere ingresado en el registro general.
  - 6) El cómputo de estos plazos quedará suspendido durante los quince días que señala el número 4, contados a partir de la notificación de la deficiencia.
  - 7) Si transcurrieran los plazos señalados en el número 5, con la prórroga del periodo de subsanación de deficiencias, en su caso, sin que se hubiere notificado resolución expresa.
    - a) El peticionario de licencia de parcelación, en el supuesto expresado, construcción de inmuebles o modificación de la estructura de los mismos, implantación de nuevas industrias o reformas mayores de las existentes, podrá acudir a la comisión provincial de urbanismo, donde existiere constituida, o, en su defecto, a la comisión provincial de servicios técnicos, y si en el plazo de un mes no se notificare al interesado acuerdo expreso, quedará otorgada la licencia por silencio administrativo.

Por tanto, debe concretarse y circunscribirse los límites sobre los que han de versar estos informes ilícitos efectuados por funcionarios públicos a los que se refiere el art. 322 CP, según se hace en los próximos epígrafes.

### **3.2.1. El derribo proyectado e informado favorable e ilegalmente por la autoridad o funcionario público (de los edificios singularmente protegidos) como elemento objetivo del art. 322 CP. Los expedientes de ruina.**

La primera de las conductas típicas prevista en el art. 322.1 CP se refiere a aquellas por las que, a sabiendas de su injusticia, el funcionario público informa a favor de *proyectos de derribo* de edificios (singularmente protegidos). Estos “proyectos” mencionados debe suponer un ataque a la integridad del bien inmueble (edificio) en el sentido de pretender su demolición o desaparición física, la cual podrá ser total o parcial<sup>905</sup>. Derribo y demolición han de entenderse como sinónimos ya que tanto en la normativa relativa al patrimonio histórico como en la urbanística son utilizados indistintamente<sup>906</sup>. Por el contrario, no puede subsumirse dentro de este elemento típico la pretensión de su desplazamiento a otro lugar del supuesto edificio protegido<sup>907</sup>.

---

b) Si la licencia solicitada se refiere a actividades en la vía pública o en bienes de dominio público o patrimoniales, se entenderá denegada por silencio administrativo, y

c) Si la licencia instada se refiere a obras o instalaciones menores, apertura de toda clase de establecimientos y, en general, a cualquier otro objeto no comprendido en los dos apartados precedentes, se entenderá otorgada por silencio administrativo.

2. Las Corporaciones locales podrán reducir en cuanto a ellas afecte los plazos señalados en el párrafo anterior.

3. Los documentos en que se formalicen las licencias y sus posibles transmisiones serán expedidos por el secretario de la Corporación.

<sup>905</sup> Vid. SALINERO ALONSO, *La Protección del Patrimonio Histórico en el CP de 1995*, cit., p. 306.

<sup>906</sup> Mientras que el art. 76 g) de la LPHE se refiere a derribos, los arts. 23.2, 24.2 y 25 de la misma norma hacen mención a la demolición. Por su parte, el art. 1.14 del RDU utiliza el término “demolición” mientras que el artículo 86.1 del mismo se refiere a los “derribos”.

<sup>907</sup> MILANS DEL BOSCH, *Delitos sobre el patrimonio histórico*, en *Derecho penal administrativo*, 1997, cit., p. 208.

Con gran acierto la doctrina española ha venido analizando la conexión del art. 322 CP (y también del art. 321) con las “declaraciones de ruina” que pudieren recaer sobre ciertos edificios catalogados o culturalmente protegidos. GUIASOLA LERMA<sup>908</sup> entiende que esa declaración *ruinosa* de una edificación no excluye la posibilidad de dispensarle la protección histórico-artística que corresponda en el momento de pretender el derribo, de manera incluso que éste pueda ser impedido. Por su parte, MILANS DEL BOSCH<sup>909</sup> entiende que cuando los arts. 321 y 322 CP tipifican el derribo de esta clase de edificios o su facilitación -mediante informes o licencias ilegales de funcionarios- se están refiriendo asimismo a las conductas de orden urbanístico ligadas a la declaración de ruina del edificio o a los deberes de conservación de los inmuebles que afectan a edificios singularmente protegidos tanto por el ordenamiento urbanístico -es decir, edificios catalogados-, como por la legislación reguladora del patrimonio histórico. Según el citado autor, ha de considerarse que el art. 322.1 CP puede estar tratando de impedir también las demoliciones de edificios protegidos sobre los que recaiga un expediente de ruina y por eso precisamente castiga los pasos previos como son las conductas de informar a favor de proyectos de derribo de tan significativos bienes, ya que lo que realmente se ampara es el *estatus histórico* en el momento en que han adquirido tan especial protección.

Desde el punto de vista jurisprudencial la Sala 3ª. del Tribunal Supremo<sup>910</sup> ha entendido que la declaración de posible ruina de un edificio es una cuestión de puro hecho no suponiendo que ello quiera decir que declarada la ruina de un edificio histórico haya que seguir su inmediata demolición porque en tales supuestos consideraciones culturales pueden imponer la conservación a ultranza del inmueble, aparte de la concurrencia de la subordinación de la propiedad privada a los intereses de la comunidad.

En mi opinión, y siguiendo la normativa vigente (estatal), la declaración de ruina en sí mismo no autoriza ni legitima la demolición total o parcial del edificio protegido salvo que haya una serie de informes *legales* en ese sentido. Efectivamente, el art. 24 nº.1 LPHE establece claramente que “si a pesar de lo dispuesto en el artículo

---

<sup>908</sup> GUIASOLA LERMA, *Delitos contra el patrimonio cultural*, cit., p. 435.

<sup>909</sup> MILANS DEL BOSCH, *ob. ult. cit.*, pp. 207 y ss.

<sup>910</sup> Por todas, SSTs de 20-11-1991 (EDJ 1991/11016) y 7-6-1993 (EDJ 1993/5430).

36<sup>911</sup>, llegara a incoarse expediente de ruina de algún inmueble afectado por expediente de declaración de bien de interés cultural, la Administración competente para la ejecución de esta Ley estará legitimada para intervenir como interesada en dicho expediente, debiéndole ser notificada la apertura y las resoluciones que en el mismo se adopten”. Por su parte el nº. 2 del citado art. 24 afirma tajantemente que: “En ningún caso podrá procederse a la demolición de un inmueble, sin previa firmeza de la declaración de ruina y autorización de la Administración competente, *que no la concederá sin informe favorable de al menos dos de las Instituciones consultivas a las que se refiere el artículo 3*<sup>912</sup>”. De todo ello se deduce que el derribo proyectado de un edificio singularmente protegido, y que se halle declarado en estado de ruina, para que el mismo sea ejecutivamente demolido se requiere inexcusablemente, al menos, dos informes diferentes de los que aparecen tipificados en el art. 322.1 CP, que, en caso de que fueran injustos e ilegales (a sabiendas de ello), darían lugar a una manifiesta responsabilidad penal del funcionario que lo hubiera emitido.

---

<sup>911</sup> El art. 36 establece: “1. Los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser conservados, mantenidos y custodiados por sus propietarios o, en su caso, por los titulares de derechos reales o por los poseedores de tales bienes.

2. La utilización de los bienes declarados de interés cultural, así como de los bienes muebles incluidos en el inventario general, quedará subordinada a que no se pongan en peligro los valores que aconsejan su conservación. Cualquier cambio de uso deberá ser autorizado por los organismos competentes para la ejecución de esta Ley.

3. Cuando los propietarios o los titulares de derechos reales sobre bienes declarados de interés cultural o bienes incluidos en el inventario general no ejecuten las actuaciones exigidas en el cumplimiento de la obligación prevista en el apartado 1 de este artículo, la Administración competente, previo requerimiento a los interesados, podrá ordenar su ejecución subsidiaria.

Asimismo, podrá conceder una ayuda con carácter de anticipo reintegrable que, en caso de bienes inmuebles, será inscrita en el Registro de la Propiedad. La Administración competente también podrá realizar de modo directo las obras necesarias, si así lo requiere la más eficaz conservación de los bienes.

Excepcionalmente la Administración competente podrá ordenar el depósito de los bienes muebles en centros de carácter público en tanto no desaparezcan las causas que originaron dicha necesidad.

4. El incumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente artículo será causa de interés social para la expropiación forzosa de los bienes declarados de interés cultural por la Administración competente.

<sup>912</sup> El art. 3 dice: “Si existiera urgencia y peligro inminente, la entidad que hubiera incoado expediente de ruina deberá ordenar las medidas necesarias para evitar daños a las personas. Las obras que por razón de fuerza mayor hubieran de realizarse no darán lugar a actos de demolición que no sean estrictamente necesarios para la conservación del inmueble y requerirán en todo caso, la autorización prevista en el artículo 16.1, debiéndose prever además en su caso la reposición de los elementos retirados”.

A su vez y para insistencia el art. 37 de la LPHE afirma: “La Administración competente podrá impedir un derribo y suspender cualquier clase de obra o intervención en un bien declarado de interés cultural”.

### 3.2.2. La alteración proyectada e informada ilegal y favorablemente por la autoridad o funcionario público (de los edificios singularmente protegidos) como elemento típico del art. 322 CP.

Mayores problemas supone la interpretación del segundo elemento típico del art. 322.1 CP consistente en informar (injusta y favorablemente) *proyectos de alteración* de los edificios (en plural) a los que se refiere este delito. MILANS DEL BOSCH<sup>913</sup> lo vincula en exceso a lo que es el proyecto de derribo, entendiendo por este elemento la pretensión de mutación grave de su configuración, normalmente por cambio de destino del edificio o de sus elementos esenciales realizada por destrucción o añadido que lo hagan inservible para el fin por el que ha sido singularmente protegido. Para este autor el derribo lo es del edificio mientras que la alteración grave va referida tanto a los elementos estructurales del mismo como al cambio de destino dado a la construcción, de tal manera que el valor histórico-artístico a proteger se vea gravemente afectado. Para ARIAS EIBE<sup>914</sup> el proyecto de alteración significa pretensión de cambiar la forma o cualidades del edificio; supone intención de estropearlo, dañarlo o decomponerlo con dificultad de recuperación<sup>915</sup>. Por su parte, SALINERO ALONSO<sup>916</sup> afirma que con este elemento se hace referencia no sólo a un proyecto de cambio de esencia o forma de una cosa (edificio), sino que también incluye la pretensión de dañarlo. Por último, para GUIASOLA LERMA<sup>917</sup> las “alteraciones proyectadas” engloba la pretensión de actuaciones que han de operar en los edificios de manera que afecten negativamente y de forma relevante a los elementos que determinaron su especial protección como portadores del valor cultural que ha propiciado la singular protección del edificio.

Personalmente creo que es conveniente deslindar lo que es el *derribo* de la *alteración* de los edificios protegidos (en cuanto a lo referido a los proyectos informados ilegalmente a favor por lo funcionarios). La *alteración* no puede suponer la eli-

---

<sup>913</sup> MILANS DEL BOSCH, *Delitos sobre el patrimonio histórico*, en Derecho penal administrativo, 1997, cit., pp. 207 y ss.

<sup>914</sup> ARIAS EIBE *El Patrimonio Cultural. La nueva protección en los arts. 321 a 324 CP de 1995*, cit., p. 127.

<sup>915</sup> En este sentido también SERRANO GÓMEZ, *DP PE*, 4ª. ed., 1999, pp. 567-568.

<sup>916</sup> SALINERO ALONSO, *La Protección del Patrimonio Histórico en el CP de 1995*, cit., p. 306.

<sup>917</sup> GUIASOLA LERMA, *Delitos contra el Patrimonio Cultural: arts. 321 a 324 CP*, cit., p. 709.



minación del edificio protegido, aunque una eliminación (derribo) parcial de éste puede suponer en determinados casos una clara alteración de la cosa protegida. Lo más significativo de la alteración típica (proyectada) del art. 322.1 CP ha de ser su afección grave y negativa, además de relevante, de los elementos que componen el valor cultural del edificio que es el fundamento de su protección.

### 3.2.3. La singularidad y el concepto de “edificios” como elementos típicos del art. 322 CP.

Los informes favorables a los que va dirigido el art. 322.1 CP sólo y exclusivamente pueden recaer sobre aquellas construcciones que se definan como *edificios* y que a su vez tenga una determinada *singularidad* cultural digna de protección. Por tanto, ha de esclarecerse lo que el legislador ha querido decir con ambos términos: singularidad y edificio.

La *singularidad* supone un término normativamente valorado<sup>918</sup>, invocándose de este modo el contenido de las decisiones de otros órdenes normativos. En conformidad con el art. 9.1 de la LPHE<sup>919</sup>, este concepto vendrá determinado bien por Ley<sup>920</sup>, bien por la Administración competente en la materia mediante Real Decreto<sup>921</sup>, englobándose en el mismo tanto los Bienes de Interés Cultural (tercer y máximo nivel de protección) como los incluidos en Catálogos municipales en virtud de lo dispuesto en el art. 86 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico (RPU)<sup>922</sup>.

En este sentido creo que no se puede estar de acuerdo con la opinión de MILANS DEL BOSCH<sup>923</sup> que equipara la “singularidad” con la “individualización declarativa” cuando afirma que el *edificio* referido en los arts. 321 y 322 CP es el que ha sido

---

<sup>918</sup> GUIASOLA LERMA, *ob. ult. cit.*, pp. 480 y 710.

<sup>919</sup> Art. 9.1: “1. Gozarán de singular protección y tutela los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español declarados de interés cultural por ministerio de esta Ley o mediante Real Decreto de forma individualizada”.

<sup>920</sup> Véase por ejemplo arts 40.2, 60.1 y disposición Adicional 1ª. de la LPHE.

<sup>921</sup> Véase arts. 10 y ss. de la LPHE.

<sup>922</sup> Véase nota 896.

<sup>923</sup> MILANS DEL BOSCH, *Delitos sobre el patrimonio histórico*, en Derecho penal administrativo, 1997, cit., p. 204.

declarado Monumento de forma individualizada. Desde luego, lo que debe caracterizar (mediante la correspondiente declaración legal o administrativa) al “edificio” (que no es equiparable a monumento como se verá más adelante) es su especialísima peculiaridad histórico-cultural y no el hecho de que su *rango* se haya logrado individual o colectivamente. Quedarán pues al margen del tipo del art. 322.1 CP todos los informes relativos al derribo o alteración de edificios excluidos de la citada singularidad cultural. Sin embargo, la declaración administrativa del conjunto histórico-artístico de una ciudad o de parte de ella, debe suponer, en mi opinión, que todos los edificios existentes dentro del perímetro de ese conjunto tengan la consideración de “edificios singularmente protegidos”<sup>924</sup> (que es el elemento típico -en plural- del art. 322.1 CP).

La doctrina se ha planteado con razón la problemática existente sobre los bienes que tienen pendiente un expediente administrativo para su declaración de Bien de Interés Cultural pero que aún no se ha resuelto. En este caso la pregunta que cabría efectuarse es si el informe funcional favorable -e injusto- relativo al proyecto de derribo o alteración de esos edificios, en vías de declararse singularmente protegidos, sería típico o no.

Para una serie de autores<sup>925</sup> no se estaría ante una conducta típica ya que el delito que se analiza se refiere a los edificios *protegidos* sobre los que recae ya una declaración de singularidad y no cabría una interpretación extensiva a los que están en vías de lograr esa calificación puesto que iría en contra del principio de intervención penal mínima y de seguridad jurídica.

Por el contrario, para otro sector doctrinal<sup>926</sup> sí que sería típica la conducta funcional en la línea anteriormente citada ya que el art. 11 de la LPHE<sup>927</sup> otorga la

---

<sup>924</sup> Este era precisamente uno de los problemas del caso 3) de la Introducción al presente trabajo, relativo al conjunto histórico-artístico de Alceda (Corvera de Toranzo en Cantabria), donde la STS de 25-5-2004 (EDJ 2004/51866) casaba la sentencia de la AP Cantabria, absolviendo al constructor del delito del art. 321.1 CP, en base a que la casa antigua derribada, de forma individual, no estaba singularmente protegida, sino que lo amparado era el “conjunto histórico”.

<sup>925</sup> Entre otros ROMA VALDES, *Los delitos sobre el patrimonio histórico*, en Delitos y cuestiones penales en el ámbito empresarial, manual V, 1999, cit., p. 458; SALINERO ALONSO, *La protección del patrimonio histórico en el CP de 1995*, cit., p. 309; BAUCCELLS LLADÓS, *Comentarios a los arts. 321 y 322 CP*, en ComCP, PE, t. I, de Córdoba Roda/García Arán, 2004, p. 1370; y SUÁREZ GONZÁLEZ, *Comentario al art. 321 CP*, en ComCP de Rodríguez Mourullo/Jorge Barreiro, 1997, p. 920.

<sup>926</sup> CARMONA SALGADO, *Delitos sobre la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico*, en DP español PE, de Cobo del Rosal, 2004, p. 686; BOIX REIG/JUANATEY DORADO, *Comentarios a los arts. 321 y 322 CP*, en ComCP 1995, vol. II, de Vives Antón, 1996, p. 1586; y GUI-SASOLA LERMA, *ob. ult. cit.*, p. 493.

<sup>927</sup> Art. 11 LPHE: “La incoación de expediente para la declaración de un bien de interés cultural determi-

misma protección a los bienes que están declarados de interés cultural como a los que se les ha incoado un expediente en ese sentido.

En mi opinión, debería ser este último criterio el que debe prosperar porque la interpretación que debe darse al elemento típico *protegido* no debe ser tanto lingüístico como jurídico. El art. 322 CP -en cuanto a las conductas informantes funcionariales- no habla de edificios que hayan sido considerados de interés cultural sino que utiliza la expresión “singularmente protegidos” y esta especial protección recae - desde el punto de vista jurídico- de igual manera tanto respecto a los bienes ya declarados de interés histórico, como sobre los que tienen incoados expedientes tendentes a declarar su singularidad. En este punto tampoco conviene olvidar que tanto el Organismo estatal o autonómico histórico-cultural competente como la Corporación local pertinente han de conocer el expediente relativo sobre la declaración del bien cultural de cualquier edificio<sup>928</sup> y los proyectos de alteración y derribo de los mismos. Por coherencia e imperativo legal<sup>929</sup> el funcionario público que conozca que sobre un *edificio* pende un expediente para su protección (en tanto que es *singular*) indudablemente debe paralizar y/o suspender cualquier informe tendente a facilitar su alteración o derribo. Si no lo hiciere así, e informare o concediere licencia ilícitamente sobre tales aspectos típicos entiendo que su conducta sería subsumible en el delito que se analiza.

Respecto al otro de los elementos típicos antes mencionados, relativo al objeto al que se refiere el art. 322 CP, llama poderosamente la atención que el legislador no haya aludido a todo tipo de bienes inmuebles “singulares” desde el punto de vista cultural y se haya limitado exclusivamente a lo que son los “edificios”. Se denota aquí nuevamente la imprecisión y deficiente técnica a la hora de la “creación” del Cap. II del Tit. XVI del CP, separadamente de los delitos contra la ordenación del

---

ará, en relación al bien afectado, la aplicación provisional del mismo régimen de protección previsto para los declarados de interés cultural”.

<sup>928</sup> En este sentido no se puede olvidar que el art. 12.2 del RD 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español dispone que el acto por el que se incoa el expediente para la declaración de bien de interés cultural deberá describir para su identificación el bien objeto del mismo y .....se notificará en todo caso al Ayuntamiento del municipio en cuyo término éstos radiquen si se trata de inmuebles.

<sup>929</sup> Véase en este sentido arts. 16.1 y 37.2 de la LPHE.

territorio<sup>930</sup>. Según el Diccionario de la RAE por *edificio* ha de entenderse “toda obra o fábrica construida para habitación o para usos análogos, como casa, templo, teatro etc.”<sup>931</sup>. La jurisprudencia alemana, a través de la antigua Sentencia del Tribunal Supremo Federal (BGHSt), resolución 6/107 de 30 de marzo de 1.954, entendió que el “edificio” se caracteriza por ser “una construcción que es idónea y está destinada a servir a la protección de seres humanos y animales y a la que se puede impedir a una persona no autorizada la entrada”<sup>932</sup>. Sin embargo, la doctrina española no es en modo alguno unánime a la hora de definir y concretar este elemento típico y la Ley del Patrimonio Histórico español tampoco lo define convenientemente.

Dentro de un primer sector, SALINERO ALONSO<sup>933</sup> considera, en un sentido excesivamente amplio, que hay que equipararlo a la “construcción”, lo cual salvaría el despropósito de que sólo los *edificios* singularmente protegidos se protegieran en los arts. 321 y 322 CP. Asimismo, BAUCCELLS LLADÓS<sup>934</sup>, partiendo de la idea que lo defendido en este tipo de delitos no es el patrimonio individual sino el patrimonio histórico, defiende una concepción muy amplia del término por imponerlo así el bien jurídico protegido: de esta forma se incluirían dentro del “edificio” las ruinas, conjuntos históricos, establos, acueductos etc. Por su parte, MILANS DEL BOSCH<sup>935</sup> considera que la conceptualización del *edificio* no es obligado ligarlo al hecho de que sirva o haya servido para vivienda o habitación, sino que los arts. 321 y 322 CP a lo que se están refiriendo es a los que son declarados “monumentos”. A su vez entiende que los monumentos que no sean edificios han de tener su protección penal en los arts.

---

<sup>930</sup> El Grupo Parlamentario Popular presentó una enmienda a los efectos de sustituir el término “edificio” por “bienes inmuebles” la cual fue rechazada; pero esta enmienda se hizo en relación al art. 315.2 del Proyecto que estaba discutiendo el Congreso y, por tanto, dentro de los “Delitos contra la Ordenación del territorio”, en donde se tipificaban conductas que afectaban a un bien jurídico bien distinto al del patrimonio histórico. El problema viene -como ya se dijo en otro momento- en que el actual art. 321 del CP (introducido por el Grupo Socialista *in extremis* en el Senado dentro del nuevo Cap. II del Tit. VXI) es una segregación del referido art. 315 del Proyecto de CP discutido en Las Cortes. Posiblemente los actuales arts. 321 y 322 CP no debieron ser discutidos ni reinterpretados oportunamente a la luz del nuevo bien jurídico que se introducía, como era el Patrimonio Cultural. Vid. Ley Orgánica del Código Penal. Trabajos Parlamentarios, t. I, Informe de la Ponencia, Serie II, núm. 87 (e), de 9 de octubre de 1995. Cortes Generales. Madrid 1996, p. 307.

<sup>931</sup> Esta es la conceptualización que hace la jurisprudencia española del citado término. Por todas, STS de 25-5-2004 (EDJ 2004/51866) relativa al conjunto histórico artístico de Alceda (Corvera de Toranzo-Cantabria), expuesto como caso 3) en la introducción a este trabajo.

<sup>932</sup> Cit. por GÓRRIZ ROYO, *Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra el territorio en sentido escrito del art. 319 CP*, 1ª. ed., 2003, cit., p. 114.

<sup>933</sup> SALINERO ALONSO, *ob. ult. cit.*, p. 308.

<sup>934</sup> BAUCCELLS LLADÓS, *Comentarios a los arts. 321 y 322 CP*, en ComCP PE, t. I, de Córdoba Roda/García Arán, 2004, p. 1371.

<sup>935</sup> MILANS DEL BOSCH, *Delitos sobre el patrimonio histórico*, en Derecho penal administrativo, 1997, cit., p. 201-205.

323 y 324 CP. Incluye este autor -en una interpretación excesivamente amplia del término- los elementos consustanciales del *edificio* y que formen parte de los mismos o de su exorno (adorno o embellecimiento), según arts. 14.1 de la LPHE, lo que ocurre con los escudos y emblemas incrustados en los edificios.

En otro sector, mucho más restrictivo, GUIASOLA LERMA<sup>936</sup> entiende que hay una clara voluntad legislativa de limitar el ámbito de aplicación de los arts. 321 y 322 CP a lo que es solamente una clase de bienes inmuebles como son los “edificios”. Éstos tienen un sentido mucho más restringido que el de “construcción” no siendo equiparables: entre ambos habría una relación en la que aquél sería la especie, mientras que éste se consideraría el género. Para dicha autora el *edificio* iría más referido al concepto tradicional de arquitectura, mientras que la construcción comprendería las obras de ingeniería, tales como puentes, fabricas pertenecientes a épocas precedentes, acueductos etc.

Con la finalidad de evitar toda esta polémica, en mi opinión habría sido más acertado establecer en los arts. 321 y 322 CP, como elemento típico, a los “bienes inmuebles singulares” en sustitución del término en vigor “edificios singulares”, puesto que de esa forma hubiera habido más sintonía con el contenido del art. 14 de la LPHE<sup>937</sup>, aunque ello debería llevar a una modificación del art. 323 CP a los efectos de evitar duplicidad de conductas similares en el Cap. II del Tit. XVI<sup>938</sup>. Pero una vez que el legislador aprobó este delito funcional específico en la forma en que se halla, considero que será preciso abogar por una interpretación estricta del elemento típico del *edificio* del art. 322 CP (y por tanto también del 321). Este elemento típico es algo mucho más concreto de lo que es la *construcción* o el *monumento* en el sentido de que todo edificio supone una construcción pero no toda construcción ha de suponer un edificio o un monumento.

Considero que quedarán fuera del alcance del tipo del art. 322 CP todos los informes favorables funcionariales tendentes a propiciar el derribo o alteración de bie-

---

<sup>936</sup> GUIASOLA LERMA *Delitos contra el Patrimonio Cultural. Arts. 321-324 CP*, cit., pp. 709-710.

<sup>937</sup> Art. 14.1: “Para los efectos de esta Ley tienen la consideración de bienes inmuebles, además de los enumerados en el artículo 334 del CC, cuantos elementos puedan considerarse consustanciales con los edificios y formen parte de los mismos o de su entorno o lo hayan formado, aunque en el caso de poder ser separados constituyan un todo perfecto de fácil aplicación a otras construcciones o a usos distintos del suyo original, cualquiera que sea la materia de que estén formados y aunque su separación no perjudique visiblemente al mérito histórico o artístico del inmueble al que están adheridos”.

<sup>938</sup> Recuérdese que el citado art. 323 CP al dirigirse, entre otros, a bienes de valor histórico, artístico, cultural o monumental incluiría a los inmuebles de valor cultural.

nes inmuebles singularmente protegidos que no sean estrictamente edificios, por ejemplo, acueductos, puentes, arcos de triunfo, “puertas” etc. También quedaría excluida de la protección penal del art. 322 CP toda actuación funcional ilícita en relación con sus informes sobre el “entorno” a dichos edificios singularmente protegidos, que si bien se integra en la protección administrativa dada a los Bienes de Interés Cultural, no se incluyen en la protección penal al *edificio*. Así, el movimiento de tierras en las cercanías de un edificio singularmente protegido puede ser sancionado administrativamente pero no penalmente al amparo de este precepto.

Por último, reiterar de nuevo que el *edificio* ha de haber estado vinculado a una finalidad constructiva tendente al uso o habitación de personas, pues esa es la acepción única que en nuestra lengua se da a este vocablo.

### 3.3 La gravedad de la infracción en el tipo penal del art. 322 CP.

Nuevamente se producen desavenencias entre el tipo básico del art. 321 CP y el delito específico funcional que estoy analizando. Mientras que el primero de ellos exige expresamente como elemento típico la *gravedad* del derribo o la alteración de edificios singularmente protegidos, el segundo no contiene alusión alguna respecto al nivel o categoría que ha de alcanzar la conducta injusta. Sin embargo, esto último no excluye que las conductas funcionariales del art. 322 CP deban ser igualmente las más graves. Ello no por aplicación de una interpretación analógica con el artículo que le precede (vetado completamente en una materia como el Derecho penal) sino simplemente por aplicación de principios tan básicos como son el de su carácter fragmentario y el de la intervención mínima del Derecho penal, según los cuales solamente los atentados más intolerables a los bienes jurídicos elegidos merecen protección penal.

#### 4. Elementos objetivos específicos del delito del art. 329 CP.

Llama la atención en el art. 329.1 CP -contrariamente a lo que acontece en los arts. 320.1 y 322.1 CP- que las conductas informantes activas e ilegales de los funcionarios en este ámbito ambiental queden circunscritas exclusivamente a los amplios comportamientos recogidos en los tipos penales de los arts. 325 y 328 CP. Como advierte ALASTUEY DOBÓN<sup>939</sup>, el problema puede surgir respecto a cómo delimitar en determinadas ocasiones qué conductas entran en la órbita del art. 325 CP y cuáles penetran en el art. 329 CP en los casos en que la actividad funcional puede coadyuvar con el cometido de un particular.

Por el contrario, cuando se trate de las conductas pasivas/omisivas del funcionario con motivo de sus inspecciones ya no habrá que tomarse como referencia los *anteriores artículos*, sino la referencia será la *normativa de carácter general* que, pese a no decirlo, habrá de ser protectora-ambiental.

Por último, es también significativa la enorme amplitud de este delito del art. 329 CP pues tiende a evitar, en principio, el funcionamiento ilegal de cualquier actividad contaminante por pequeña que sea (bien sea informando a favor o facilitando/concediendo la licencia injusta) o la infracción de toda la innumerable y dispersa legislación de carácter general ambiental por parte del funcionario público con motivo de sus inspecciones al silenciar estas infracciones.

Estas son las tres peculiaridades objetivas más relevantes de este delito funcional ambiental, que a continuación se pasan a desarrollar.

##### 4.1 Determinación del elemento típico “funcionamiento de las industrias y actividades contaminantes”.

El art. 329 CP tipifica como delito doloso -aparte del silenciamiento injusto con motivo de sus inspecciones- la conducta de la autoridad o funcionario público en un

---

<sup>939</sup> ALASTUEY DOBÓN, *El ámbito de aplicación del art. 329 CP: examen de sus conductas típicas*, RDPCr., 2ª. ep., nº. 9, enero 2002, p. 14.

doble aspecto: bien informando favorablemente la concesión de licencias ilegales, o bien concediendo propiamente o coadyuvando con su voto a favor de esa licencia ilegal. Comportamientos que han de dirigirse a que “se autorice el funcionamiento de las industrias y actividades contaminantes” enunciadas en los arts. 325 y 328 CP.

La primera duda proviene del uso del sustantivo “funcionamiento” en la redacción del tipo penal. SILVA SÁNCHEZ<sup>940</sup> señala que la modalidad típica examinada alude a la emisión de informes favorables a la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el *funcionamiento* de industrias o actividades *contaminantes*. Entiende este autor que, por imperativo del principio de legalidad, habrán de considerarse atípicos tanto los informes vinculados a la concesión de licencias que no lo sean de funcionamiento (sino, por ejemplo, las autorizaciones de vertidos), como los informes que se refieran a las conductas previstas en el art. 325 CP pero que no tengan carácter *contaminante* (así, por ejemplo, las excavaciones, extracciones, captaciones, que son conductas eventualmente peligrosas para el equilibrio de los sistemas naturales, pero que, según él, no son contaminantes)<sup>941</sup>.

Este planteamiento, en mi opinión, debe ser matizado. Por *funcionamiento* debe entenderse la ejecución por una persona de las funciones que le son propias<sup>942</sup>. Por eso la persona cuyo cometido es la extracción, vertido, excavación etc. de sustancias, materiales etc., está “poniendo en funcionamiento” una actividad que necesita de un control y que por eso mismo requerirá de un informe previo y una licencia por parte de los Organismos oficiales pertinentes al exigirlo así una normativa ambiental básica (Ley de prevención y control integrado de la contaminación, ley de calidad del aire y protección de la atmósfera etc.). Cuando el tipo penal se refiere a las “industrias y actividades contaminantes” quiere aludirse a cualquier tipo de comportamientos tanto empresarial como de personas físicas que acarreen o puedan acarrear un perjuicio ambiental. En principio lo serán -con carácter general y sin perjuicio de lo que regulasen las Comunidades Autónomas- todas las actividades que tengan la consideración y estén definidas como molestas, insalubres o peligrosas y que versen sobre emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos efectuados en la atmósfera, suelo, subsuelo y aguas terrestres (marítimas o subterráneas), así como las captaciones de

---

<sup>940</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Los delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 159.

<sup>941</sup> SILVA SÁNCHEZ, *ob. ult. cit.*, p. 159.

<sup>942</sup> Diccionario de la RAE, 21<sup>a</sup> ed. 1992, t. I, p. 240.



aguas. Así pues, será subsumible dentro de este elemento típico del art. 329 CP la inmensa mayoría de las actividades enumeradas en los Anexos de las Leyes de prevención y control integrado de la contaminación de 2002 y de calidad del aire y protección de la atmósfera de 2007.

Finalmente hay que indicar que el informe favorable -e injusto- tendente a la concesión de la licencia, o el hecho mismo de su concesión (*per se* o con el voto a favor en el órgano colegiado) llevado a cabo por la autoridad o el funcionario ha de dirigirse al funcionamiento de *cualquier actividad contaminante* siempre y cuando tenga un mínimo de gravedad, según el carácter fragmentario que el Derecho penal ha de tener.

#### **4.2 La referencia a los artículos anteriores del art. 329 CP.**

Se puede considerar como un acierto que el legislador haya intentado fijar una conexión -contrariamente a lo que sucede en el art. 320 CP- entre este delito ambiental-funcionarial y los delitos básicos (bien sea el art. 325, el agravado 326 o el atenuado 328 CP). No obstante, se comprueba de nuevo la mala redacción de este precepto. En primer lugar al referirse “a los artículos anteriores” se excluyen los posteriores y muy especialmente el art. 330 CP<sup>943</sup>. Sin duda alguna, creo que éste último precepto también debería haberse visto afectado por el delito específico funcionarial ya que en el delito (lesivo) relativo al “espacio natural protegido” puede tener una gran relevancia la actuación de la autoridad o funcionario público bien informando injusta y favorablemente la concesión de una licencia ilegal, bien otorgándola o votando a su favor (con la que precisamente el particular se basa para dañar el parque natural), o bien silenciando las ilegalidades que le incumben denunciar. En este aspecto la conducta ilegal del funcionario público sólo será punible actualmente a través de la autoría/participación del mismo en ese delito del art. 330 CP (en caso de

---

<sup>943</sup> Art. 330 CP: “Quien, en un espacio natural protegido, dañare gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo, incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses”. en supuestos daños de los “espacios naturales protegidos”.

que informase ilegalmente a favor de conceder una licencia que dañase el parque natural), o bien a través del art. 404 CP si se concediese una licencia ilegal que pudiese en peligro tal espacio, con el claro privilegio punitivo a favor del funcionario que ello supondría, pues no cabría imponerle la pena de prisión (inexistente en los arts. 330 y 404 CP). No obstante, también cabría la opción tomada por la SAP de Granada (sec. 2ª.) de 20-11-2003 (EDJ 2003/246681), ratificada por la STS de 17-11-2005 (EDJ 2005/20714)<sup>944</sup> de condenar, como autor al funcionario Director del parque Sierra de Baza, por los delitos del art. 330 (en comisión por omisión al ser éste un delito de resultado) y el art. 404 del CP.

Por otra parte también resulta difícil que todas las conductas informantes (a favor) y concedentes de licencias ilegales tendentes al funcionamiento de industrias contaminantes puedan articularse con todos los *artículos anteriores* al art. 329 CP (es decir, con los arts. 325 al 328). En principio, creo que no habría ningún problema respecto al art. 328 CP<sup>945</sup>, salvo los efectos negativos derivados de su carácter claramente atenuador en relación al art. 325 CP, con el que en buena medida se superpone. Mucho más difícil resulta contextualizar las circunstancias agravatorias referidas en el art. 326 CP (aplicables a los hechos contaminantes del tipo básico del art. 325 CP) con el comportamiento ilegal de las autoridades o funcionarios del art. 329 CP. En los casos en que se tratase de actividad contaminante clandestina<sup>946</sup> - precisamente por el carácter de desconocimiento de la misma- parece que no habrá posibilidad de informe favorable tendente a la concesión de licencia ilegal ni el otorgamiento de ésta. Por eso parece que sólo podrán ser estimadas estas circunstancias agravatorias en las autoridades y funcionarios respecto a las letras a), e) y f)<sup>947</sup>

---

<sup>944</sup> Asunto conocido de la “tala masiva de la Sierra de Baza (Granada), expuesto como Caso 9 de la Introducción de este trabajo.

<sup>945</sup> Art. 328 CP: “Serán castigados con la pena de prisión de cinco a siete meses y multa de diez a catorce meses quienes establecieren depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos y puedan perjudicar gravemente al equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas”. (Redacción según Ley Orgánica 15/2003, de 25 de nov., con entrada en vigor el 1 de oct. 2004).

<sup>946</sup> Se discute si la dicha actividad “clandestina” ha de identificarse a “oculta o secreta”, o por el contrario ha de referirse sólo a carente de las preceptivas autorizaciones exigidas sectorialmente para la protección del medio ambiente. La STS de 24-5-2003 (EDJ 2003/35156), esa clandestinidad, lo identifica a “ocultación o disimulo”. Por el contrario la SAP de Barcelona (Sec. 8ª.) de 7-5-2001 (EDJ 2001/27348), revocada por la citada STS, lo identifica a carencia de licencia.

<sup>947</sup> Art. 326 CP: Se impondrá la pena superior en grado, sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código, cuando en la comisión de cualquiera de los hechos descritos **en el artículo anterior** concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones.

del citado art. 326 CP, siempre y cuando éstos adoptasen posicionamientos pasivos de silenciamiento con motivo de sus inspecciones y fuesen condenados concursalmente a través de los arts. 325 y 404 CP. Por su parte, las agravantes b), c) y d) parecen ir dirigidas más bien a los sujetos particulares contaminadores directos que ejecutan las conductas del art. 325 CP.

En cualquier caso parece que este elemento típico del art. 329 CP -relativo a *los artículos anteriores*- va enfocado al art. 325 CP, pues es éste donde se recogen (especialmente en su apartado uno<sup>948</sup>) las actividades contaminadoras que requieren bien informes previos bien licencias de funcionamiento.

#### **4.3 El silenciamiento de las infracciones de leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulan por parte de las autoridades o funcionarios acontecidas con motivo de sus inspecciones del art. 329 CP.**

El presente elemento típico omisivo, que no podrá entenderse como prevaricación ante la inexistencia de resolución<sup>949</sup>, plantea un sin fin de problemas que deben ser analizados y resueltos. Anteriormente ya se hizo referencia, de una forma más genérica, a la problemática existente respecto de las conductas omisivas de las auto-

---

b) Que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el anterior.

c) Que se haya falseado u ocultado información sobre los aspectos ambientales de la misma.

d) Que se haya obstaculizado la actividad inspectora de la Administración.

e) Que se haya producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.

f) Que se produzca una extracción ilegal de aguas en período de restricciones.

<sup>948</sup> Con motivo de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, modificadora de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, se introduce un apartado 2 al art. 325, que es el ss.:

“2. El que dolosamente libere, emita o introduzca radiaciones ionizantes u otras sustancias en el aire, tierra o aguas marítimas, continentales, superficiales o subterráneas, en cantidad que produzca en alguna persona la muerte o enfermedad que, además de una primera asistencia facultativa, requiera tratamiento médico o quirúrgico o produzca secuelas irreversibles, será castigado, además de con la pena que corresponda por el daño causado a las personas, con la prisión de dos a cuatro años”.

Este segundo apartado aparece eliminado en el proyecto de Ley Orgánica del CP de 15 de enero de 2007.

<sup>949</sup> En este sentido y expresamente respecto a la conducta del silenciamiento, BAUCCELLS LLADÓS, *Comentarios a los arts. 320, 322 y 329 CP*, ComCP PE, t. I, de Córdoba Roda/García Arán, 2004, p. 1426; y CANCIO MELIÁ, *La responsabilidad del funcionario por delitos contra el medio ambiente en el CP español*, ADPCP, t. LII, 1999, p. 157.

ridades y funcionarios públicos *ambientales* en relación a los tres preceptos objeto de estudio. Sin embargo, ahora es preciso hacer referencia de manera específica a este último inciso del art. 329.1 CP en tanto que es la única conducta omisiva que el legislador plasmó en estos preceptos<sup>950</sup>. A simple vista se advierte que este *silenciamiento* está bastante próximo a la conducta del art. 408 CP<sup>951</sup> aunque con dos diferenciaciones significativas: por un lado, en la conducta del art. 329 CP se establece una pena mucho más agravada, y por otro lado, mientras que el 408 CP sólo se incluye la “omisión del deber de perseguir *delitos*“, el silenciamiento del art. 329.1 CP, primer inciso, se refiere tanto a ilícitos *penales como no penales*.

En primer término hay que indicar que es requisito esencial para la comisión de esta conducta típica que la autoridad o funcionario, como sujeto activo, tenga competencia específica para la realización de las inspecciones medioambientales. De esta forma el sujeto activo asume un deber específico de garante que le obliga ineludiblemente a hacer respetar la normativa ambiental y, por ende, a minimizar un posible perjuicio grave del equilibrio de los sistemas naturales.

En esta línea la “inspección” a la que se alude en el art. 329 CP ha de equipararse con lo que es el “control administrativo”. Consistirá en obtener información, examinar, vigilar o investigar cualesquiera hechos, actos, actividades, situaciones, documentos etc. que sean debidos<sup>952</sup>. Es importante señalar que el funcionario público que inspecciona *no tiene capacidad para decidir* respecto a la actividad contami-

---

<sup>950</sup> Hay que advertir que el Proyecto de Ley Orgánica de 15 de enero de 2007 por el que se modifica el Código penal, sí que recoge (al igual que el actual Anteproyecto del Mº. de Justicia de modificación del CP de 14 nov. 2008), respecto al art. 320 CP, esta conducta omisiva del funcionario consistente en silenciar la infracción de normas relativas a la ordenación del territorio o urbanísticas con motivo de sus inspecciones.

<sup>951</sup> Art. 408 CP: “la autoridad o funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionalmente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 6 meses a 2 años”.

<sup>952</sup> Vid. AMENÓS ALAMO, *La Inspección Urbanística: Concepto y Régimen Jurídico*, 1999, cit., pp. 31-41. Este autor considera que son cinco los elementos definitorios de la actividad inspectora, a saber: 1) Un elemento objetivo, en tanto que requiere una observación directa, es decir un contacto inmediato a la realidad verificada; 2) Un elemento subjetivo, enmarcado en una relación jurídica bilateral en cuanto aparece en primer lugar un sujeto activo inspector que ejerce un poder público administrativo; a su vez aparece un sujeto pasivo sobre el que recae la función inspectora vinculado al objeto o actividad sometida a verificación, el cual tiene la obligación de facilitar la comprobación puesto que si no lo hiciere así tendría que acarrear determinadas consecuencias jurídicas; 3) Un elemento normativo/prescriptivo en tanto que el inspector no es un mero espectador, sino que le acompañan ciertos poderes inherentes al ejercicio de su función, pudiendo en todo caso reclamar un aumento de datos; 4) Elemento teleológico, que implica que la inspección tenga como finalidad el lograr información sobre la realización de un supuesto previsto en la norma jurídica y dar cuenta de ella al órgano competente para resolver; y 5) Elemento formal, en cuanto que el Derecho impone normalmente a la función inspectora una formalización a través de “levantamiento de acta”, “denuncia” o “diligencia”.

nante con la que supuestamente se está infringiendo la normativa ambiental, y que finalizará con la sanción pertinente impuesta por otro servidor público.

A su vez *silenciar* -las infracciones normativas- significa “callar, omitir o reducir al silencio”, siendo por ello que en el segundo inciso del art 329.1 CP se contiene una directiva de conducta implícita que compele a poner de manifiesto las infracciones de las disposiciones normativas ambientales<sup>953</sup>. Por tanto, silenciará el funcionario público que, siendo consciente que tendría que levantar un “acta” en la que se constatare las irregularidades observadas, obviara hacerla. Este ocultamiento, en mi opinión, debe acontecer inexcusablemente “con motivo de las inspecciones funcionariales” y no fuera de ellas, una vez que se haya producido el contacto directo con la actividad inspeccionada<sup>954</sup>.

Asimismo conviene indicar que la conducta del silenciamiento de las infracciones de las normativas ambientales conlleva, en mi opinión, un mayor contenido de injusto que la de “informar a favor de una licencia injusta”, en tanto que comporta una mayor cercanía respecto a la puesta en riesgo del bien jurídico amparado (el medio ambiente). En efecto, en estos casos el órgano decisor respecto a la resolución a tomar (una posible sanción) en relación a la industria o actividad infractora, está más “engañado o manipulado” ya que el funcionario-inspector le ha hecho ver “que todo estaba en orden” al ocultarle la ilegalidad con la que iba a actuar o estaba actuando la industria. Por el contrario, informar a favor de licencia ilegal supone -salvo que se tratase de actividad clandestina sin licencia o informe de ningún tipo- que la industria cuyo permiso se ha solicitado aún no está funcionando por estar a expensas de la concesión de una licencia (incluso ilegal). Por esto considero que la conducta del silenciamiento debería haberse castigado más gravemente que la del informar a favor.

---

<sup>953</sup> Vid. GÓRRIZ ROYO, *Omisión y tolerancia administrativa en el Derecho penal del medio ambiente, a propósito del art. 329.1.2º. CP*, RDyPP, año 2005-2, nº. 14, p. 34.

<sup>954</sup> Hay que insistir que solamente serán típicas al amparo del art. 329 CP las omisiones de los funcionarios públicos llevadas a cabo a través del silenciamiento de infracciones legales con motivo de sus inspecciones. Si estas inspecciones fueran competencia de las Entidades Colaboradoras de la Administración (ECAs), por haberle sido cedidas, el personal que trabajase en las mismas no podrá estar incurso en este delito funcionarial en los supuestos de silenciamientos ilegales. En este caso se les aplicarían, en su caso, el tipo básico del art. 325 o del 328 CP como partícipe o incluso autor.

En segundo lugar, cabe destacar que las infracciones silenciadas deben ser condicionantes de la actividad contaminante<sup>955</sup>, es decir, han de contener un riesgo penalmente relevante para el medio ambiente. Cuando el art. 329 CP se refiere a “la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general *que las regulen*“, se está haciendo alusión a un antecedente que crea confusión y que no se sabe a ciencia cierta si es alguno o todos los extremos que se mencionan con anterioridad. Así cabría preguntarse si son las “normas” que regulan el procedimiento de concesión de licencias, si son las que disciplinan las *licencias* mismas, las relativas al *funcionamiento* de ciertas *industrias* ó las que atañen a la práctica de determinadas *actividades contaminantes*. OCTAVIO DE TOLEDO<sup>956</sup> entiende, que la literalidad de la expresión “que las regulen” hace referencia a todos los extremos citados. Con este elemento típico se estaría refiriendo implícitamente no sólo a órganos administrativos (de inspección) subordinados o puestos al servicio de los que ostentan competencias de concesión o revocación de licencias o de emitir informes al respecto, sino también a órganos facultados para controlar o para informar a otros capaces de ejercer el control de los encargados de otorgar o retirar licencias (o de informar sobre ellas).

También llama la atención que el legislador haya vinculado estos silenciamientos a “la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general”, reproduciendo el primer elemento típico del art. 325 CP (aunque omitiendo el ámbito protector ambiental), en vez de hacerlo con las conductas especificadas en *los artículos anteriores* cuando se refería a las conductas informantes ilegales (de concesiones injustas de licencias). Creo que ello debe obedecer a la deficiente redacción de este precepto y en cualquier caso dicha *normativa general* ha de ser ineludiblemente protectora del ambiente<sup>957</sup>, y podrá ser comunitaria, estatal o autonómica, o tener rango tanto legal como reglamentario.

---

<sup>955</sup> Vid. BOIX REIG/JAREÑO LEAL, *De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, en ComCP de 1995, vol. II, de Vives Antón, 1996, p. 1605; y SILVA SÁNCHEZ, *Los delitos contra el medio ambiente*, cit., p. 160.

<sup>956</sup> OCTAVIO DE TOLEDO, *Un ejemplo de norma jeroglífica: el art. 329 CP*, RP Aranzadi, 2000, n.º. 3, p. 34.

<sup>957</sup> LESMES SERRANO mantiene, en *Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, en Derecho penal administrativo, 1997, cit., p. 368, que si se silenciaren infracciones de otras normativas distintas a la ambiental la conducta omisiva sería irrelevante a los efectos de este precepto 329 CP.

En tercer lugar surge la problemática relativa a la *omisión de las inspecciones* -plenamente consciente y voluntaria- que puedan incumbir al específico funcionamiento ambiental. La cuestión al respecto es saber si es equiparable esta no realización (omisión) de las preceptivas inspecciones por parte de los funcionarios públicos con los silenciamiento funcionariales a los que se refiere la segunda conducta típica del art. 329.1, inciso 2, CP. TERRADILLOS BASOCO<sup>958</sup> entiende que estas ausencias de inspecciones preceptivas por parte del funcionario quedan fuera del precepto<sup>959</sup>, afirmando este autor que, en la práctica, silenciar infracciones que no se conocen, por no haberse inspeccionado la industria o actividad contaminante, habrán de considerarse normalmente como negligencias y, por tanto, serán impune. Sin embargo, en mi opinión, esto no siempre tiene porqué ser así: se puede pensar que la falta de inspección funcional puede ser dolosa cuando, por ejemplo, existan denuncias previas en un organismo de inspección ambiental relativas a una supuesta actividad contaminadora y el funcionario público competente siga omitiendo la inspección que le incumbe, consciente de la existencia de infracciones medio ambientales<sup>960</sup>. En este caso habría una manifiesta conducta dolosa del funcionario que incumple su deber de vigilancia, permitiendo y consintiendo una actividad contaminante, que podría catalogarse incluso de “auténtico silenciamiento”. No obstante, entiendo que esta conducta referida no podría ser perseguida por la vía del art. 329.1 CP, ya que en este delito se exige para la existencia de tipicidad que el silenciamiento sea inexcusablemente “con motivo de las inspecciones”, y desde luego la falta de tramitación por parte del funcionario de un buen número de denuncias que se le presentasen, no puede equipararse a la realización misma de las inspecciones<sup>961</sup>. Sí que sería perse-

---

<sup>958</sup> TERRADILLOS BASOCO, *La responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente*, EPC, t. XX, 1997, p. 327.

<sup>959</sup> En el mismo sentido MATELLANES RODRÍGUEZ considera, en *Medio Ambiente y Funcionarios Públicos*, cit., p. 401, que la NO inspección no se castiga; y BAUCCELLS LLADÓS, *Comentarios a los arts. 320, 322 y 329 CP*, en ComCP, PE, t. I de Córdoba Roda/García Arán, 2004, p. 1426.

<sup>960</sup> Recuerdese el asunto de “la contaminación acústica de Villareal”, expuesto como Caso 7 en la introducción de este estudio, en donde decenas de quejas de ciudadanos relativas al ruido nocturno al que se veían sometidas, no tenían más trámite que el de *dejarlo sobre la mesa*, hasta que llegase una nueva oleada de protestas.

<sup>961</sup> Respecto a esta cuestión tan interesante, quiero insistir en que intentar dar solución a esta problemática vía del art. 329 CP, en comisión por omisión, según hizo la STS 24-5-2003 (EDJ 2003/35156), me parece errónea. Recuerdese que esta sentencia (vid. *Caso 12* de la Introducción de esta tesis), condenaba al Alcalde-Presidente de una localidad Catalana en base al art. 329.1 segundo inciso del CP, en comisión por omisión, una vez que había sido absuelto por la AP de Barcelona. Dicho alcalde había concedido licencia para la instalación de una Granja, desde la cual finalmente se vertieron purines a un torrente. Esta licencia se otorgó en base a informes favorables de



guible este comportamiento funcional en base al art. 408 CP cuando el acto contaminante denunciado revistiere el carácter de delito y el funcionario, conscientemente, no lo persiguiera.

Por último, donde se centra una importante polémica doctrinal es en averiguar si esta conducta pasiva del silenciamiento del art. 329.1 CP es acertada su tipificación expresa y si constituye un delito de comisión por omisión o por el contrario supone una omisión pura<sup>962</sup>.

---

expertos, los cuales no visitaron personalmente la Granja. Tampoco los técnicos del Ayuntamiento inspeccionaron la Granja; el Alto Tribunal no pudo condenar a éstos ya que no habían sido enjuiciados en la causa, por lo que esa *tolerancia* le fue imputada al Alcalde bajo las afirmaciones siguientes: “*En este caso no puede discutirse, por lo ya expuesto sobre la regulación de las actividades molestas, insalubres y peligrosas, que el Alcalde tenía la obligación legal de inspeccionar y con su inactividad creó una ocasión de riesgo, que se ha materializado en resultados dañosos de carácter concreto. En este caso no se puede argumentar que el Alcalde desconocía la instalación de la Granja, ya que el hecho probado descarta esta posibilidad* (F.Dº. 1º. punto 7 párrafo 2).

En esta sentencia el TS tomaba como “resultado” la existencia de un daño (que, pese a ser inmaterial, no es por ello menos efectivo) cuando dice: “Dicho daño está constituido por la quiebra que en los ciudadanos va a tener la credibilidad de las instituciones y la confianza que ellas debe merecerle, porque, como custodios de la legalidad, son los primeros obligados, y esta quiebra puede producir efectos devastadores en la ciudadanía, pues nada consolida más el estado de derecho que la confianza de los ciudadanos en que sus instituciones actúan de acuerdo con la Ley y que, por tanto, el que se aparta de la norma recibe la adecuada sanción que restablece aquella confianza rota”(Punto 9 del F.Dº. 1º.). Es decir, el Alto Tribunal creo que tomó como bien jurídico exclusivamente “el buen funcionamiento de la función pública”, obviándose de todo cuanto refiere al “bien ambiental”.

En mi opinión el TS realmente forzó en exceso la interpretación que debe darse al art. 329.1 CP ya que el mismo exige expresamente que el silenciamiento ha de ser ineludiblemente “con motivo de sus inspecciones”, aparte de que estamos ante un delito sin resultado en cuanto se refiere al “bien ambiental”. Posiblemente hubiera sido mucho más acertado incardinar estas omisiones de las inspecciones que incumben al funcionario ambiental vía del art. 325 CP (provocar directa o indirectamente emisiones, vertidos etc.), en comisión por omisión, máxime cuando en este tipo básico sí que se tipifica un mínimo resultado, aunque sea potencial. Por su parte si el funcionario público conociere que la actividad contaminante que evita inspeccionar constituyere delito, habría incurrido en el delito del art. 408 CP.

<sup>962</sup> Conviene hacer la diferenciación que se mantiene entre la idea de la omisión pura y la comisión por omisión, que podría resultar -al menos respecto a los arts. 320, 322 y 329 CP- confusa. Las primeras se producen con el solo *no hacer* algo determinado respecto a lo que hay un deber y sin exigirse nada más, configurándose estos delitos sobre la base de una norma en la que se contiene un mandato, obligando al sujeto a realizar la acción esperada; por ello generalmente aparecen expresamente tipificados en el CP. Sin embargo, los delitos de comisión por omisión requieren, además del deber de garante, la no evitación del resultado, no cabiendo en los delitos de mera actividad; en éstos habitualmente el comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo, que sólo describe y prohíbe un determinado hacer activo, pero la más elemental sensibilidad jurídica obliga a considerar equivalentes desde el punto de vista valorativo y a incluir, por tanto, en la descripción típica del comportamiento prohibido determinados comportamientos omisivos, que también contribuyen a la producción del resultado prohibido. Vid. MIR PUIG, *DP PG*, 8ª. ed. 2008, pp. 312-313.

Asimismo cuando JESCHECK/WEIGEND intentan aclarar la diferencia entre los delitos propios e impropios de omisión, en *DP PG*, 5ª. ed. 2002, pp. 652 y 653, afirman que lo acertado es considerar los delitos propios de omisión como hechos penales que se agotan en la no realización de la acción requerida por la ley. Ciertamente, con la acción requerida se pretende también, en última instancia, evitar un resultado valorado negativamente por el ordenamiento jurídico, pero el legislador no obliga al omitente a impedir el resultado, y por ello tampoco hace de la producción de un determinado resultado un elemento típico. Los delitos propios de omisión son, consecuentemente, el contrapunto de los delitos de pura actividad. Por el



Para GÓMEZ RIVERO<sup>963</sup> “el silenciamento de infracción de leyes con motivo de sus inspecciones” sólo estaría justificado si no pudiera fundamentarse la responsabilidad del funcionario o autoridad a través de la figura de la comisión por omisión. Esta conducta sí que debe ser considerada como de comisión omisiva siendo inútil el que se haya incorporado la misma al art. 329 CP pues hubiera valido con aplicar simplemente las normas generales del Código para estos supuestos. Lo único que produce su inclusión es una nueva distorsión a nivel punitivo puesto que lo que hace es privilegiar al funcionario respecto al particular.

Por su parte, DE VICENTE MARTÍNEZ<sup>964</sup> entendía, antes de la entrada en vigor del NCP y refiriéndose al derogado art. 347 bis, que en España las condiciones de la autoridad o funcionario *ambiental* bajo las cuales la omisión de cumplir con ese deber puede ser equiparada a la causación típicamente descrita de las lesiones al bien jurídico medio ambiente, se fundamenta en la propia inactividad u omisión del funcionario público que no impide o evita el peligro de lesión para el ambiente, pues entonces hace lo mismo que la causación activa del resultado lesivo. Por ello, cuando el funcionario público con su propia omisión no impide o evita un peligro concreto de lesión ambiental actuará de modo idéntico y totalmente equivalente a la comisión activa, produciéndose una conducta de comisión por omisión, sin que atentase contra el principio de legalidad penal. Si el funcionario público omite cumplir su deber de garante y debido a ello la propia omisión ocasiona el peligro al medio ambiente, habrá responsabilidad penal del funcionario en comisión por omisión por delito ecológico.

OCTAVIO PÉREZ<sup>965</sup> sostiene que esta modalidad del silenciamento contempla un supuesto de comisión por omisión pues el funcionario público encargado de la inspección está contribuyendo con su silencio a que se realice el atentado al medio ambiente a pesar de tener el deber de impedirlo. Al mismo tiempo entiende que excluir

---

contrario, en los delitos *impropios* de omisión, al “garante” se le impone el deber de evitar el resultado. La producción del resultado pertenece al tipo, y el garante que infringe su deber de impedirlo carga con la responsabilidad jurídico-penal por el resultado típico. De ahí que los delitos impropios de omisión constituyan el contrapunto de los delitos de resultado.

<sup>963</sup> Vid GÓMEZ RIVERO, *Algunos aspectos de la responsabilidad de los funcionarios en materia ambiental*, LL, 1996-4, pág. 1241.

<sup>964</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ, *Responsabilidad penal del funcionario público por delitos contra el medio ambiente*, 1993, cit., pp. 124 y ss.

<sup>965</sup> OCTAVIO PÉREZ, *El tipo de las denominaciones específicas de los arts. 320 y 329*. La Red: [http://www.isel.org/cuadernos2/legislacion/O\\_garcia.ht](http://www.isel.org/cuadernos2/legislacion/O_garcia.ht). P. 4.

en estos casos la aplicación directa del art. 325 CP<sup>966</sup> conllevaría un indudable privilegio para el funcionario que contradice la finalidad para la que se ha creado este precepto. Por ello es preferible interpretar que estamos ante la variante del encubrimiento, de tal modo que a ésta conducta solo se puede acudir cuando no se den los requisitos de la comisión por omisión<sup>967</sup>.

Por su parte, SILVA SÁNCHEZ,<sup>968</sup> interpreta esta conducta típica del silenciamiento en clave de comisión por omisión afirmando que lo que el funcionario (o autoridad) silencia es siempre una infracción de la normativa protectora del medio ambiente que presenta aptitud para causar un grave perjuicio al equilibrio de los sistemas naturales; o sea, el funcionario no guarda silencio sobre un mero ilícito administrativo, sino sobre un delito contra el ambiente. Desde este punto de vista, y partiendo de la existencia de una posición de garante, cuando el funcionario calla dichas infracciones realiza por omisión el delito del 325 CP, el cual tratándose -según este autor- de un delito de peligro hipotético, y de resultado al menos hipotético, no se plantean inconvenientes para afirmar su posible comisión por omisión.

Por último, GÓRRIZ ROYO<sup>969</sup> descarta la posibilidad de que concurra comisión omisiva en la conducta del segundo inciso del art. 329.1 CP, y sí una conducta de omisión propia en tanto que para la consumación de la conducta típica de “silenciar” es suficiente con incumplir el deber -derivado del cargo de inspector- de informar, notificar o denunciar determinadas infracciones con motivo de inspecciones, sin necesidad alguna de probar la causación de resultado material alguno.

En mi opinión es difícil concebir el delito derivado de la conducta del *silenciamiento* en clave de comisión por omisión, ya que el mismo no requiere la verificación de resultado típico alguno; y por ello considero que se trata más bien de un caso de omisión pura o propia.

---

<sup>966</sup> Recordamos nuevamente que el 325 CP tipifica el “provocar directa o indirectamente” actos contaminantes, en las condiciones indicadas en este delito.

<sup>967</sup> En sentido similar, CARMONA SALGADO afirma, en *Comentarios a los Delitos contra el medio ambiente*, en DP español, PE de Cobo del Rosal, 2ª. ed., 2005, p. 7135, que castigar la acción contaminante por dejadez de la tarea fiscalizadora de la Administración a través del art. 329.1 CP resulta poco menos que imposible, pues la omisión funcional debe realizarse *con motivo de sus inspecciones*; sin embargo, no parece inviable la eventual ejecución del correspondiente delito ecológico (art. 325) en comisión por omisión (art. 11), toda vez que el funcionario competente tiene la obligación legal -posición de garante- de evitar posibles daños al medio ambiente.

<sup>968</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente*, cit. pp. 159 y 160.

<sup>969</sup> GÓRRIZ ROYO, *Omisión y tolerancia administrativa en el Derecho penal del medio ambiente, a propósito del art. 329.1.2º. CP*, RDyPP, año 2005-2, nº. 14, p. 42.

En cualquier caso considero positivo el que se halla insertado este comportamiento dentro del art. 329 CP, de la misma forma a como se debería haber hecho en los arts. 320 y 322 del mismo texto (y que no se hizo<sup>970</sup>); y esta afirmación se apoya precisamente en la problemática que plantea la comisión por omisión en los delitos configurados sin resultado típico (como son los arts. 320, 322 y 329 CP) y que ha sido convenientemente analizada. A su vez, esta tipificación del “silenciamiento” - pese a su gravedad- ha producido un aspecto negativo como es una situación de privilegio punitivo del funcionario público respecto a la conducta que pudiere cometer el particular relativo al art. 325 CP.

## **5. El nexo de unión entre los apartados 1 y 2 de los arts. 320, 322 y 329 CP.**

El legislador, al redactar de manera definitiva cada uno de los tres delitos objeto de estudio, optó por reproducir un texto idéntico en cada uno de ellos relativo a la responsabilidad funcional en la fase posterior a la de los informes previos. No obstante, al establecerse estos segundos apartados, como conductas típicas de los servidores del Estado, olvidó atender la especificidad y características que había establecido en cada uno de los apartados que les antecedían en estos delitos funcionariales relativos a la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y los recursos naturales/medio ambiente.

El enlace entre cada uno de los dos apartados de los arts. 320, 322 y 329 CP existe incuestionablemente al iniciarse el segundo de ellos con la expresión “con las mismas penas se castigará.....”. Pero la deficiencia de ese nexo ha dado pie a crear una importante confusión interpretativa al respecto. En efecto, las conductas de los apartados segundo de los citados delitos van referidas a los casos en los que la autoridad o funcionario público por sí mismo o como miembro de un organismo colegia-

---

<sup>970</sup> No conviene olvidar que en el Proyecto de Ley Orgánica de 15 de enero de 2007 por el que se modifica el CP se recoge en el art. 320 la conducta omisiva del funcionario consistente en silenciar la infracción de normas relativas a la ordenación del territorio o urbanísticas con motivo de sus inspecciones. Igualmente esta conducta omisiva del “silenciamiento” se mantiene en el actual Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del CP aprobado en fecha del 14 de nov. 2008.

do hubiese resuelto o votado a favor de *su concesión* (a sabiendas de su ilegalidad). Esta “concesión” parece que debería referirse a la de las licencias preceptivas que, en último término, darán pie previsiblemente al deterioro de los bienes jurídicos protegidos en estos delitos. El problema significativo surge cuando se comprueba que el apartado que antecede a esta conducta a veces no va referida en ningún caso a licencias, o en otras, aunque sí se refieren a éstas, también van dirigidas a “proyectos”, los cuales rarísimamente son votados. Por eso es imprescindible proceder al estudio individual del citado vínculo en cada uno de los arts. 320, 322 y 329 CP dada la peculiaridad existente entre ellos.

En primer lugar la conducta funcional del art. 320.2 CP (autónoma respecto al apartado primero) no indica expresamente lo que haya de *concederse* aunque habrá de entenderse -por la inclusión del pronombre “su”- que va referida a la concesión de la licencia contraria a las normas urbanísticas a que se refiere el art. 320-1 CP<sup>971</sup>, bien sea *per se* o como miembro de un órgano colegiado (resolviendo o votando, lo cual es bastante equiparable ya que estos órganos resuelven precisamente votando)<sup>972</sup>.

Mayor dificultad presenta el art. 322 CP. Llama especialmente la atención que el legislador (en el trasiego formativo del Cap. II del Tit. XVI) haya olvidado incluir en el apartado primero del precepto la conducta del funcionario que informa ilegalmente a favor de la “concesión de licencias”<sup>973</sup> para demoler edificios singularmente protegidos<sup>974</sup>. Tan incomprensible laguna -que tampoco se subsana en el actual Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Código penal del Ministerio de Justicia de 14 de nov. de 2008- intenta compensarla ACALE SÁNCHEZ<sup>975</sup> afirmando que si se informa favorablemente un proyecto de derribo o de alteración de un edificio singularmente protegido habrá de aplicarse el art. 322.1 CP, mientras que si el informe favorable recae sobre la concesión de la licencia para demoler o alterar ese

---

<sup>971</sup> BOIX REIG/JUANATEY DORADO, *Comentarios arts. 320, 322 y 329 del CP*, en ComCP de 1995, vol. II, de Vives Antón, 1996, p. 1582; y ACALE SÁNCHEZ, *Los delitos urbanísticos*, cit., p. 355.

<sup>972</sup> Sin embargo, difícilmente podrá abarcar a los proyectos de edificación ya que éstos (como puros documentos técnicos que son) no se conceden sino que tan sólo se informan una vez presentados por los interesados.

<sup>973</sup> Contrariamente a lo tipificado en los arts. 320.1 y 329.1 CP donde sí se sancionan los informes funcionariales a favor de concesión de licencias ilegales.

<sup>974</sup> Resulta realmente difícil entender que en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del CP se siga excluyendo, respecto al art. 322.1, la conducta de informar a favor de la concesión ilegal de licencias para demoler o alterar edificios singularmente protegidos

<sup>975</sup> ACALE SANCHEZ, *ob. ult. cit.*, p. 355.

edificio (singular y protegido), se aplicará el art. 320.1 CP. El problema de este posicionamiento es que interpreta el ambiguo elemento típico de este último precepto - la “contrariedad a las normas urbanísticas”- de una forma amplia y no restrictiva, subsumiendo en el mismo todo lo que es la normativa protectora del patrimonio histórico, aunque tampoco, ciertamente en este sentido, pueda olvidarse que los edificios que integran el patrimonio cultural están también ordenados urbanísticamente al margen de su regulación especial en las propias Leyes sobre el Patrimonio Histórico (tanto estatal como autonómicas).

De lo anteriormente dicho se deduce que el art. 322.2 CP teóricamente quedaría prácticamente vacío de contenido, puesto que la “concesión” a la que se refiere este delito no podría ir dirigida a las licencias que permitan el derribo o la alteración de los edificios histórico-culturales -que sin duda es la pretensión real que tiene el mismo en similitud con los art. 320.2 y 329.2 del CP-, sino que sólo se referiría a los proyectos especificados en dicho delito, los cuales se tramitan pero casi nunca se resuelven por sí mismo por autoridad o funcionario público, ni se votan colegiadamente.

Por tanto, en mi opinión sería factible defender una interpretación restrictiva del art. 322.2 CP según la cual sería atípica la conducta de la autoridad o del funcionario que concediera por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado -a sabiendas de su injusticia- una licencia para el derribo o la alteración de un edificio singularmente protegido; ello salvo que se utilizaren interpretaciones analógicas inadmisibles en el Derecho penal, aunque sí que podrían ser típicas al amparo del art. 320.2 CP, siempre y cuando esa licencia ilegal (de derribo o alteración de edificio singular) supusiese *contrariedad con las normas urbanísticas* en la acepción de ordenación del territorio que se mantiene en este trabajo (cosa que podría acontecer perfectamente dada la profunda conexión existente entre la ordenación del territorio y el patrimonio cultural).

Es decir, se comprueba que el efecto del art. 320.2 CP es contrario al del art. 322.2 CP, pese a que su redacción es idéntica, ello debido al apartado que les antecede. Por tanto, puede deducirse que ha sido un enorme error la reproducción exacta, en los arts. 320, 322 y 329 CP, de un apartado (el dos) sin haberse tenido en cuenta lo que se estaba tipificando en el anterior de cada uno de ellos. En mi opinión hubiera sido más acertado reemplazar en el art. 322.2 CP la expresión “su concesión” por

el elemento típico de “concesión de las licencias necesarias para el derribo o alteración aludidos en el anterior apartado”.

Por último, indicar que lo castigado en el art. 329.2 CP es la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes, o lo que es lo mismo, este precepto nos lleva a entender que la licencia a la que se está refiriendo es una autorización que determina la puesta en funcionamiento de una actividad penalmente típica y que posibilita la realización de otras conductas típicas (las del art. 325 CP) cuya realización está en manos de un sujeto particular.

En el art. 329.2 CP es muy significativa su extensión y efectividad. El elemento típico de “su concesión” (del apartado dos) remite al primer apartado del citado precepto, el cual remite a su vez “a los artículos anteriores”. Por tanto, las actividades contaminantes a los que se está refiriendo el art. 329.2 son aquellas constatadas en los arts. 325 y 328 CP, como son las emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos y vertederos. Sin embargo, respecto a estas últimas actividades -concretamente los depósitos y vertederos del art. 328 CP que realizase cualquier sujeto al margen del control necesario de la Administración (ilegales *per se*)- difícilmente puede entenderse el hecho de concesiones de licencias por parte de la autoridad o funcionario público bien como sujeto individual bien como miembro de un órgano colegiado, precisamente por quedar al margen del control público. Así pues, la efectividad del art. 329.2 CP respecto a las conductas contaminantes tipificadas en el art. 328 CP se plantea como inexistente.

Como conclusión cabe decir que la inclusión del apartado dos de los artículos 320.2, 322.2 y 329.2 CP, en la forma en que están redactados, sin ajustarse al contenido del apartado uno que les precede, es desafortunada. En buena medida parece que nos hallamos ante un “tipo cierre” en el sentido de que la mayor parte de los elementos integrantes de ese tipo (del apartado dos) se omiten por remisión (desajustadamente) a los consignados anteriormente a propósito de las figuras típicas precedentemente descritas<sup>976</sup>.

---

<sup>976</sup> Vid. BLANCO LOZANO, *El Delito Urbanístico*, cit., p. 155.

## 6. Recapitulación.

Para poder dar por terminado el aspecto objetivo de los delitos que se analizan, en cuanto se refieren exclusivamente a sus aspectos concretos y específicos, creo que es muy conveniente hacer un balance final de todo lo que anteriormente se ha expuesto.

En cuanto al primero de los tipos analizados, el 320 CP, lo primero que llama la atención es tanto su falta de sintonía y armonización con el tipo urbanístico básico (art. 319 CP), como su deficiente redacción. Efectivamente, mientras que éste último se refiere a construcciones y edificaciones contrarias a derecho en determinados suelos, aquél sólo alude a la facilitación por parte del funcionario de edificaciones ilegales. Por ello se desprende una falta de uniformidad dentro del Cap. I (Tit. XVI), donde se insertan estos dos tipos, que habría sido sumamente necesaria considerando que el art. 320 -al igual que los arts. 322 y 329 CP- supone un tipo autónomo y no una forma de participación en un hecho ajeno (concretamente del art. 319 CP).

La conducta típica de “informar a favor proyectos de edificación” del art. 320.1 queda casi vacía de contenido pues se reduce a circunstancias y supuestos aislados de proyectos urgentes o de excepcional interés público que raramente acontecen, puesto que estos proyectos habitualmente no se informan, según la normativa existente al respecto. Por su parte, los informes a favor tendentes a que se expidan licencias de edificaciones ilegales han de referirse a cualquier tipo de licencia siempre y cuando implique una vulneración grave de normas urbanísticas, relativas al *aprovechamiento y uso del suelo* y que tenga en cuenta el interés a proteger (la ordenación del territorio). Igualmente la concesión de licencias (o sus informes a favor) que vulneren frontal y gravemente los planes de ordenación urbanística municipales (o en su caso normas subsidiarias) por parte de los funcionarios o autoridades deben ser típicos, en tanto que lo que indirectamente se estaría atacando sería la legislación del suelo (esencialmente la autonómica por ser la competente en la materia) que desde luego sí que tendría el rango de “ordenación territorial”.

El término “edificación” difiere claramente del de la “construcción” al ser mucho más restringido que éste. Estamos ante un elemento descriptivo que hace alusión a toda clase de inmuebles de nueva planta, que tiene carácter de permanencia, cerra-

do y con techo, cualquiera que sea el destino que vaya a dársele, ya sea viviendas, instalaciones industriales o fabriles, centros comerciales etc. y con una mínima capacidad de albergar la estancia de personas.

Es también significativo que este tipo funcional específico del art. 320 CP haya obviado cualquier referencia a las urbanizaciones ilegales, que son lo que realmente pone en riesgo el interés penalmente a protegerse. No puede olvidarse que éstas lo que requieren no es tanto la concesión de una licencia general, sino más bien un planeamiento urbanístico (llámese plan general de ordenación, normas subsidiarias en el ámbito municipal, planes parciales etc.) y consecuentemente un complicado proyecto urbanístico, que está excluido del art. 320.1. Por esto, y siempre bajo la interpretación restrictiva que debe hacerse de este precepto, hay que entender que no castiga informar favorablemente un proyecto de urbanización injusto (en caso de ser factible), pero sí el informe favorable de la concesión de licencia dentro de esa misma urbanización ilegal, lo cual parece contradictorio. Diferente criterio ha de adoptarse en cuanto se refiere a las parcelaciones ilegales ya que éstas están en principio plenamente sujetas al otorgamiento de una licencia. Tampoco podrán ser subsumibles dentro del art. 320 CP los comportamientos ilegales que pudieren llevar a cabo los funcionarios públicos en relación con los llamados Estudios de Detalle que son figuras complementarias del planeamiento y que participan de la misma naturaleza de los “planes” en cuanto destinados a establecer, adaptar o reajustar alineaciones y rasantes señalados en éstos (bien sean generales o parciales), no siendo actos que requieran de licencia previa, sino que son parte del planeamiento urbanístico, el cual ha quedado excluido del art. 320 CP ya que éste solo insertó como conducta típica los informes de los proyectos de edificación o la concesión de licencias ilegales y el otorgamiento injusto de éstas.

Por lo que se refiere a la *contrariedad con la normativa urbanística*, ésta ha de incardinarse a lo que es propiamente la ordenación territorial (bien protegido), entendido como aquel campo orientado a una racional distribución del suelo o del espacio físico. Intentar especificar y concretar toda la legislación subsumible en este elemento es un trabajo baldío. Deberá analizarse cada caso concreto de manera individualizada para comprobar si la supuesta norma accesoria entra dentro de lo tipificado en el art. 320 CP. Éste también exige que esa contradicción con la normativa urbanística “esté vigente”, lo cual se producirá una vez que la misma se haya publi-



cado en el Boletín Oficial correspondiente y haya transcurrido, en su caso, el período de *vacatio legis*. Aquí el problema podrá surgir respecto a la *vigencia* de las ordenanzas municipales y muy especialmente en cuanto a los planes generales y afines que, aunque aprobados, no hubieren sido publicados en el “Boletín Oficial de la Provincia o Comunidad”, según preceptiva y legalmente es exigible. En mi opinión, la única solución para estos casos es acudir a la ley del suelo correspondiente en base a la cual se proyectó el plan urbanístico (pendiente de publicación) y comprobar si se ha contradicho dolosamente el contenido mismo de esa ley, que sí estará en vigor. En caso afirmativo habría concurrido el elemento de la contradicción con la normativa urbanística *vigente*.

Por último, indicar que tampoco será penalmente típico la aprobación ilegal de los planes urbanísticos, o su modificación, por parte de las autoridades y funcionarios de la Corporación municipal (*per se* o como órganos colegiados) ya que estos comportamientos fueron, creo que indebidamente, excluidos del art. 320 CP. Sin embargo estos sujetos activos sí que podrían ser condenados vía art. 404 CP.

Por lo que se refiere al segundo de los delitos analizados (art. 322 CP), hay que indicar que el núcleo central y *objetivo* sobre el que versa es también el hecho de facilitar, por parte de la autoridad o funcionario público (a través de los preceptivos informes a favor), el menoscabo de los edificios singularmente protegidos, concurriendo a su vez una mayor coordinación y uniformidad con el tipo básico (art.321 CP), ausente en buena medida, como se comprobó, entre los arts. 320 y 319 CP, sobre delitos urbanísticos. Sin embargo, hay que reprochar al legislador la referencia hecha a los “edificios singulares”, cuando mucho más acertado hubiera sido aludir a los *bienes inmuebles singulares*.,

El término “proyecto de derribo”, en cuanto al informe favorable se refiere, debe suponer un ataque a la integridad del bien inmueble (edificio) en el sentido de pretender su demolición o desaparición física (total o parcial). Por tanto, derribo y demolición han de considerarse como sinónimos. No obstante, no se incluirá dentro de este elemento típico la pretensión o recomendación por parte del funcionario -vía informe favorable- de su simple desplazamiento a otro lugar, siempre que no suponga su alteración.

Por su parte, la declaración de ruina no autoriza ni legitima por sí mismo la demolición total o parcial del edificio protegido, salvo que haya una serie de informes

*legales* favorables en ese sentido. Debe considerarse que este precepto (art. 322.1) también trata de impedir, en principio, las demoliciones de edificios protegidos sobre los que recaiga un expediente de ruina en tanto que lo amparado es el *estatus histórico* del edificio en el momento en que ha adquirido tan especial protección. Ello no significa que sean permanentemente intocables, sino que para que puedan ser ejecutivamente demolidos se requerirá inexcusablemente al menos dos informes -de funcionarios de distintos organismos- de los que aparecen tipificados en el art. 322.1 CP, y que, en caso de que fueran injustos e ilegales, darían lugar a su responsabilidad penal como emitente del mismo.

Es conveniente deslindar suficientemente lo que es el derribo de la *alteración* de los edificios protegidos (en cuanto a lo referido a los proyectos favorablemente informados de manera ilegal por los funcionarios). Este elemento significa pretensión de cambiar la forma o cualidades del edificio, suponiendo intención de estropearlo, dañarlo o descomponerlo con dificultad de recuperación. La alteración no puede suponer la eliminación del edificio protegido, aunque una eliminación (derribo) parcial de éste puede suponer, en determinados casos, una clara alteración de la cosa protegida. Lo más significativo de la *alteración* típica (proyectada) en este tipo penal ha de ser su afección grave y negativa, además de relevante, de los elementos que componen el valor cultural del edificio, que es el fundamento de su protección.

Llamativo es el uso del adjetivo *singular* utilizado para concretizar a qué clase de edificios se está refiriendo el tipo penal. Esta *singularidad* supone un término normativo valorado a través del cual se invoca el contenido de las decisiones de otros órdenes normativos y vendrá determinado tanto por ley o como por la Administración competente mediante Real Decreto, englobándose en el mismo tanto los Bienes de Interés Cultural (tercer y máximo nivel de protección) como los incluidos en Catálogos municipales.

Igualmente importante es pronunciarse respecto a los bienes sobre los que se halla incoado un expediente para su declaración de Bien de Interés Cultural pero que aún no se ha resuelto con carácter de firmeza. Es claro que, en relación con los mismos, cualquier informe funcional injusto que recomendase su derribo (vía proyecto) o alteración, sería típico ya que la normativa estatal otorga la misma protección a los bienes que están declarados de interés cultural con los que tienen incoados -y pende- un expediente en este sentido.

El delito del art. 329 CP, último de los analizados, tiende a castigar las conductas de las autoridades y funcionarios públicos que faciliten la puesta en funcionamiento de cualquier actividad contaminante, siempre y cuando tenga una entidad o gravedad suficiente. Esta facilitación deberá consistir en informar ilegalmente la concesión de las licencias o bien en el otorgamiento mismo de éstas al particular contaminador. Por *funcionamiento* debe entenderse la ejecución por un particular de las tareas que le son propias para la actividad de extracción, vertido, excavación etc. de sustancias, materiales etc. que necesitan de un control y que por eso mismo requerirán un informe previo y una licencia por parte del Organismo pertinente, al exigirlo así una norma ambiental básica y esencial (v.gr. Ley de prevención y control integrados de la contaminación). Por su parte, la contaminación grave a través de cualquier industria y actividad se refiere a todo tipo de comportamientos, tanto empresarial como de personas físicas, que acarreen o puedan acarrear un perjuicio ambiental. Por tanto, lo serán todas aquellas que tengan la consideración y estén definidas como molestas, insalubres, nocivas y peligrosas y que versen sobre emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos efectuados en la atmósfera, suelo, subsuelo y aguas terrestres (marítimas o subterráneas), así como las captaciones de aguas.

Donde también hay que hacer hincapié es en la novedosa tipificación de la conducta dolosa y omisiva (posiblemente propia o pura ante la falta de exigencia de resultado alguno ni siquiera potencial) del art. 329.1 CP, consistente en el silenciamiento por parte del funcionario de irregularidades legales que constatare al llevar a cabo sus inspecciones. Obviamente el “inspector ambiental”, equiparable con lo que es el control administrativo, ha de tener competencia específica al respecto aunque no para decidir en cuanto al qué hacer con la actividad contaminante. Hay que insistir, por quedar suficientemente remarcado en el tipo penal, que la ocultación debe acontecer ineludiblemente “con motivo de las inspecciones” funcionariales, y no fuera de ellas, una vez llevado a cabo el contacto directo con la actividad inspeccionada por parte del empleado público. Asimismo, para su tipicidad, las infracciones silenciadas deben ser condicionantes de la actuación contaminante, conteniendo un riesgo ambiental penalmente relevante. Por su parte, la infracción normativa descubierta por el funcionario ha de ser cualquiera siempre que tenga vinculación medio

ambiental (con la ambigüedad que ello supone) y, por supuesto, en cualquiera de sus niveles (supranacional, estatal o autonómico).

Sin embargo, el mayor problema interpretativo que ha surgido al respecto se refiere a la cuestión de la omisión consciente de las inspecciones funcionariales que les incumben (tolerancia) y el tratamiento que hay que darles. Es decir, si la no realización de las necesarias y preceptivas inspecciones son equiparables al silenciamiento mismo. Sobre este aspecto creo que intentar dar salida a tal problemática vía comisión por omisión del art. 329.1, inciso final del CP, sería forzar en exceso su interpretación, máxime cuando éste ha quedado configurado técnicamente como delito de peligro abstracto puro. En mi opinión sería más acertado incardinar estas conductas de tolerancia o de omisión de inspecciones que incumben al funcionario o autoridad vía al art. 325 CP en comisión por omisión y ello por dos motivos: uno porque sería subsumible dentro de su conducta de “provocar directa o indirectamente emisiones, vertidos etc.”; y dos, porque este tipo básico ambiental quedó configurado como delito de peligro hipotético, por lo que ha de concurrir un resultado al menos potencial. A su vez tampoco puede obviarse que si el funcionario público conociera que la actividad que tolera dolosamente constituyese delito, incurriría en el tipo del art. 408 CP.

Sumamente criticable es la forma en que han quedado conectados los apartados 1 y 2 de cada uno de los delitos estudiados, ello a través de las expresiones “con las mismas penas se castigará.....” y “de *su concesión*”. En efecto, las conductas de los apartados segundo de los citados delitos van referidos a las autoridades y funcionarios públicos que, por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado, hubiese resuelto o votado a favor de su concesión (a sabiendas de su ilegalidad). El problema surge cuando se observa que el apartado que antecede a este comportamiento no va referido en ningún caso a las licencias y sí únicamente a “proyectos”. Respecto al citado art. 322.2 CP sería atípica la conducta de la autoridad o del funcionario que concediera por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado -a sabiendas de su injusticia- una licencia para el derribo o la alteración de un edificio singularmente protegido, aunque sí que podrían ser típicas al amparo del art. 320.2 CP, siempre y cuando la licencia ilegal (de derribo o alteración de edificio singular) supusiese contrariedad con las normas urbanísticas en la acepción de ordenación del territorio que se mantiene en este trabajo, lo que podría acontecer teniendo en cuenta

la profunda conexión existente entre la ordenación del territorio y el patrimonio cultural.

Ciertamente lo acertado en el art. 322.2 CP hubiera sido reemplazar la expresión “su concesión” por el elemento típico de “concesión de las licencias necesarias para el derribo o alteración aludidos en el anterior apartado”.

En definitiva, la redacción de los artículos 320.2, 322.2 y 329.2 CP, en la forma en que están, sin ajustarse al contenido de los apartados que les preceden, es desafortunada y distorsiona el contenido de estos tipos funcionariales.

## **II. El tipo subjetivo de los arts. 320, 322 y 329 del CP.**

Como es bien sabido la tipicidad del delito doloso depende no sólo de la realización del tipo objetivo sino, además, de la realización del tipo subjetivo, es decir, esencialmente del dolo del autor. Una vez que se ha profundizado en los elementos objetivos de cada uno de los delitos que se investigan, hay que hacer frente al aspecto subjetivo de los mismos.

Se trata de analizar esencialmente el nivel de conocimiento que ha de regir la conducta de la autoridad o funcionario público para afirmar su responsabilidad dolosa en este tipo de delitos especiales.

Por otra parte el tratamiento que el legislador ha dado al tipo subjetivo en cada uno de los delitos analizados no es uniforme ni mucho menos. Así por ejemplo mientras que en los Capítulos I y II del Título XVI no se establece cláusula general de incriminación expresa de la imprudencia para los delitos ahí contenidos (a excepción de la incriminación específica de los daños imprudentes del art. 324 del CP), en el Capítulo III, relativo a los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, sí que se establece expresamente esa cláusula de incriminación de la imprudencia respecto de los hechos previstos en el Capítulo mencionado (art. 331 CP). Asimismo

mientras que en los arts. 320 y 322 del CP el conocimiento doloso (“a sabiendas”) queda expresamente vinculado al hecho de la injusticia de la conducta del comportamiento de la autoridad o funcionario público, en el art. 329 del CP desaparece la mención expresa al injusto (utilizándose solo la expresión “a sabiendas”), pese a subsistir el hecho de la antijuridicidad a través de la exigencia de una “manifiesta ilegalidad” requerida como elemento objetivo típico.

El análisis de partida del elemento subjetivo de los delitos estudiados, indiscutiblemente, habrá de ser determinar el contenido y alcance de la expresión clásica de las conductas prevaricadoras “a sabiendas”.

En segundo lugar, también deberá tratarse la formula utilizada por el legislador de conectar -en los art. 320 y 322 CP- este elemento “a sabiendas” con el hecho de la injusticia, como elementos objetivo, cosa que no acontece ni en el art. 329 CP ni en la prevaricación judicial del art. 446 CP.

En tercer lugar, también habrá de averiguarse si en estos delitos cabe la forma imprudente, o tan sólo será posible la dolosa, en base al elemento determinante de “a sabiendas”, tan característico del delito de prevaricación y, en su caso, comprobar qué tipo de forma dolosa admiten estos tipos penales y saber el alcance del conocimiento que los empleados públicos han de tener de los elementos objetivos para que puedan incurrir en el delito en cuestión. A ello se une la dificultad que supone la concurrencia, en los arts. 320, 322 y 329 CP, de elementos tanto descriptivos (edificio, industria etc.) como normativos (informe, licencia, injusticia, singularidad, normativa urbanística vigente etc.).

## **1. El concepto “a sabiendas”.**

Si bien es cierto que en algún proyecto o anteproyecto de CP habidos desde 1980 excluían expresamente este elemento subjetivo<sup>977</sup>, el legislador finalmente, siguien-

---

<sup>977</sup> Concretamente en el art. 324 del PLOCP de 1980 se introducía como elemento subjetivo el término “dolosamente”.

do las pautas del anteproyecto de 1992, optó por integrarlo dentro de cada uno de los preceptos estudiados<sup>978</sup>. Ello se hizo siguiendo las clásicas formulas de las prevenciones comunes o judiciales (arts. 404 y 446 del actual CP).

La introducción de esta expresión -“a sabiendas”- no siempre ha sido bien recibida por algún sector de la doctrina española, que ha afirmado que no resultaba comprensible la exigencia de que el funcionario público (en este caso “ambiental” en sentido amplio) actuase *a sabiendas* si con ello quería aludirse al dolo simple, ya que el elemento del conocimiento es precisamente lo que conlleva la categoría del dolo, y por ello debería haberse suprimido este término por su carácter reiterativo y confuso<sup>979</sup>.

Se puede decir que actuará “a sabiendas” quien sabe o prevé con seguridad que el hecho, para el que la Ley presupone una actuación consciente, ha sucedido u ocurrirá<sup>980</sup>. Así pues, en mi opinión, este elemento debe equipararse a “con conocimiento” (de la realización de todos los elementos del tipo objetivo por parte del funcionario o autoridad)<sup>981</sup>. En este sentido es clara la jurisprudencia<sup>982</sup> cuando indica que el citado término, que es la consignación expresa en el texto de la norma penal del dolo como elemento del delito, revela el propósito del legislador de exigir el dolo directo para la comisión de este delito. Dolo es actuación del sujeto *conociendo la concurrencia* de los elementos objetivos del injusto, en este caso, actuación con el conocimiento del contenido injusto o arbitrario de la resolución administrativa.

---

<sup>978</sup> Así en los apartados 1 y 2 de los arts. 320 y 322 CP, al igual que en el 329.2 CP, se introduce el elemento típico “a sabiendas de su injusticia”, mientras que en el art. 329.1 CP se utiliza la formula “a sabiendas de haber informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales”.

<sup>979</sup> ACALE SÁNCHEZ, *Los Delitos Urbanísticos*, 1997, p. 362; y TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, editorial Trotta 1995, p. 213.

<sup>980</sup> Vid. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de DP PG*, 5ª. ed., Comares 2002, p. 320.

<sup>981</sup> La doctrina en este sentido esta dividida. Por un lado un importante sector de la doctrina española entiende que la categoría del dolo requiere *conocimiento* y *voluntad* de realizar el tipo objetivo de un delito (teoría de la voluntad); dentro de este sector estarían MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 17ª. ed., p. 298; CEREZO MIR, *DP PG*, 6ª. ed., p. 131; y COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, en *Curso de DP español. PG*, 6ª. ed., p. 131.

Contrariamente otro sector considera que el elemento doloso ha de suponer la concurrencia del pleno conocimiento de la ilicitud de la conducta o lo que es lo mismo, de los elementos objetivos del tipo penal (teoría de la representación) Por todos, RAGÜES I VALLES, *Consideraciones sobre la prueba del dolo*, diario la ley nº. 5633, de 15 octubre 2002, p. 2; FEIJOO SÁNCHEZ, *La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo*, CPC nº. 65, 1998, pp. 281 y ss.; y BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de DP PG*, 5ª ed., Akal, Madrid 1998, p. 228.

<sup>982</sup> SSTs 12-2-2001 (2001/1039), 17-5-2002 (2002/16913), 5-3-2003 (2003/6590) y 19-2-2006 (EDJ 2006/29228).

Por el contrario, CEREZO MIR<sup>983</sup> considera que esta expresión tiene que ser interpretada como comprensiva de la totalidad del dolo y en el cual han de incluirse tanto el dolo directo (primer o segundo grado) como el eventual, aspecto sobre los cuales me referiré más adelante.

Este requisito típico del saber y conocer cada uno de los elementos objetivos de los arts. 320, 322 y 329 del CP debe concurrir en el momento de emprenderse la acción ejecutiva y durante ésta. En este sentido, como destaca la doctrina autorizada<sup>984</sup>, no basta que el tipo subjetivo concorra sólo *antes* de la acción ejecutiva; tampoco el correlato subjetivo del tipo que aparece *tras* la realización del hecho complementa el acontecer objetivo hasta convertirlo en tipo de delito: el “dolo” posterior o consecutivo no puede completar la previa acción ejecutiva en tanto que no es dolo en sentido jurídico-penal<sup>985</sup>. De esta forma, respecto al art. 320 CP, el sujeto activo ha de saber -para la comisión del delito- que su previsible informe favorable o la concesión de la licencia (directamente o a través del órgano colegiado), en relación al objeto típico, son contrarios a la normativa urbanística vigente. En cuanto al art. 322 CP el funcionario habrá de tener consciencia de que con su conducta, la alteración que se pudiera producir en un edificio singularmente protegido, es injusta al chocar con la legalidad. Más problemática se presenta la cuestión en relación al art. 329 CP, donde, en principio, el dolo del funcionario debe abarcar no sólo el carácter ilegal de la concesión de la licencia (por sí mismo o mediante el voto favorable) o de su informe a favor, sino que también ha de comprender que con ello se autoriza o se puede facilitar (informando a favor) una industria o actividad contaminante. SILVA SÁNCHEZ<sup>986</sup> advierte que la imputación a título de dolo del tipo objetivo del art. 329 CP “ha de superar importantes dificultades al tratarse de un tipo con numerosos elementos normativos: elementos normativos jurídicos en sentido estricto, de valoración global del hecho, remisiones normativas etc. Todos estos elementos deben estimarse elementos del tipo objetivo en sentido estricto y por tanto, *objeto del dolo*. Ello signifi-

---

<sup>983</sup> CEREZO MIR, *Curso de DP español. PG*, 6ª. ed. Tecnos 1998, p. 153.

<sup>984</sup> Entre otros, ROXIN, *DP PG. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del delito*. 2ª. ed. alemana trad. Luzón Peña, Díaz Gª. Conlledo y De Vicente Remesal, Civitas 2000, p. 454; JAKOBS *DP PG. Fundamentos y Teoría de la imputación*. 2ª. ed., cit. 1997, p. 310; y JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de DP PG*, 5ª. ed., trad. Miguel Olmedo Cardenete, Comares 2002, pp. 315 y 316.

<sup>985</sup> Como afirma STRATENWERTH, en *DP PG I. El Hecho punible*, trad. Cancio Meliá y Sancinetti, Thomson/Civitas, Navarra 2005, p. 171, no se puede querer realizar lo que ya ha sucedido, ya que la mera “aprobación” retroactiva de un resultado ya producido nunca constituye dolo.

<sup>986</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente*, cit. p. 166.



ca que, en el caso de que el sujeto no conozca la concurrencia de alguno de ellos (al menos en los términos del dolo eventual), debe estimarse la concurrencia de error de tipo. Y dado que el tipo no admite la comisión imprudente<sup>987</sup> hay que entender que los errores (invencible o vencible) dan lugar a la impunidad”.

Considerando la importante cantidad de elementos descriptivos y normativos que concurren en los indicados arts. 320, 322 y 329 CP es conveniente señalar que el modo de conocimiento de los primeros requieren, como es obvio, que éstos hayan sido percibidos por los sentidos de la autoridad o funcionario público; por el contrario, los segundos (los normativos), no se captan por los sentidos sino que se comprenden en su significación y en relación con normas jurídicas o sociales<sup>988</sup> (en el caso que nos interesa, tanto el informe a favor como la concesión de la licencia - individualmente o bien a través del voto- o, en su caso, lo que representa el silenciamiento de las inspecciones).

Al respecto del artículo 329.1 CP se discute la amplitud o alcance que hay que darle al elemento “a sabiendas”. El sector mayoritario<sup>989</sup> considera que este elemento subjetivo afectará a todas y cada una de las conductas introducidas en ese apartado uno. Sin embargo otro sector doctrinal minoritario<sup>990</sup> entiende que por la posición sintáctica que en dicho texto ocupa este elemento subjetivo, su alcance parece quedar reducido gramaticalmente a la primera de las tipicidades que contiene, excluyéndose la conducta del silenciamiento al haber quedado aislada del elemento “a sabiendas”. Esto acarrearía la posibilidad de la comisión imprudente de ésta última conducta (silenciamiento con motivo de sus inspecciones) al serle aplicable la cláusula del art. 331 CP. En este sentido OCTAVIO DE TOLEDO<sup>991</sup> propugna corregir la

---

<sup>987</sup> Para SILVA SÁNCHEZ no es aplicable al art. 329 CP la cláusula general de comisión imprudente del art. 331 ya que aunque aquél es anterior a este, el elemento subjetivo “a sabiendas” bloquea la comisión imprudente del delito funcional específico del 329 CP. Vid. SILVA SÁNCHEZ, *ob. ult. cit.*, p. 169.

<sup>988</sup> Vid BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de DP PG*, 5ª ed., Madrid 1998, p. 229; y STRATENWERTH, *ult. ob. cit.*, p. 149.

<sup>989</sup> Por todos, SILVA SÁNCHEZ, *ob. ult. cit.*, p. 166; HERNÁNDEZ ALONSO, *Prevaricación específica de funcionario público en el área medioambiental*, Apen, nº. 9, 1999, tomo I, p. 202; MILANS DEL BOSCH, *Delitos sobre el patrimonio histórico*, en Derecho penal administrativo (ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente), *cit.*, 1997, p. 370.

<sup>990</sup> Entre otros OCTAVIO DE TOLEDO, *Un ejemplo de norma jeroglífica: el art. 329 CP. Algunas cuestiones (y ciertas respuestas) sobre consumación, autoría, participación y penas referidas al art. 329 CP (y figuras afines)*, RP Aranzadi, 2000, nº. 3. p. 33; y GARCÍA PÉREZ, *Algunas reflexiones sobre la denominada prevaricación específica del artículo 320 del CP*, en La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, LH a Cerezo Mir, *cit.* Tecnos 2002. p. 1278.

<sup>991</sup> OCTAVIO DE TOLEDO, *ob. ult. cit.*, p. 34.

“horrible redacción actual del texto” y suprimir el relativo “que” mediante el que se introduce la segunda conducta típica del art. 329.1 CP, para que ésta estuviera regida -como la anterior- por la locución “a sabiendas” y de ello derivara su incompatibilidad con la comisión imprudente.

En mi opinión no se puede estar de acuerdo con esta última posición respecto a la posibilidad de forma imprudente del art. 329 CP en cuanto se refiere a las conductas del “silenciamiento funcional con motivo de sus inspecciones”. Al anteponerse el elemento “a sabiendas” a las dos conductas típicas del apartado uno de este tipo funcional específico, es indudable que afectará por igual a ambas y por tanto la conducta omisiva relatada ha de entrar sólo en la categoría del delito doloso, aunque también haya que reconocer la muy deficiente redacción que se dio a dicho apartado por parte del legislador.

## **2. Problemática entre la conexión entre el elemento subjetivo (a sabiendas) y el objetivo (la injusticia).**

De la lectura de los apartados 1 y 2 de los art. 320 y 322 y del apartado 2 del art. 329 CP, se puede observar que el elemento subjetivo típico del *conocimiento* (“a sabiendas”) se vincula intrínsecamente al hecho de la injusticia del informe favorable, de la licencia o del voto a favor. De esta forma subyace un doble carácter subjetivo-objetivo derivado de la profundísima relación entre los elementos *a sabiendas* e *injusticia* (en el sentido también de arbitrariedad).

El legislador penal reproduce en estos preceptos analizados la fórmula de la prevaricación administrativa (art. 404 CP) aunque no la de la judicial del art. 446 CP, el cual se limita a tipificar como elemento subjetivo exclusivamente la expresión “a sabiendas”<sup>992</sup>.

---

<sup>992</sup> El Grupo Parlamentario de Coalición Canaria aportó una enmienda (la nº. 1045 Congreso de los Diputados de 6 de Marzo de 1995, serie A, núm. 77-6. LOCP. Trabajos Parlamentarios Tomo I, Cortes Generales. Madrid 1996) de modificación al art. 381 (prevaricación común) para corregir esta cuestión presentando el siguiente texto alternativo: "La Autoridad o Funcionario Público que dolosamente

Como es sabido el conocimiento del injusto de la conducta es parte del dolo. Sin embargo, la cuestión está en que con el elemento “*de su injusticia*” no parece pretender el legislador hacer referencia preferente a ese conocimiento, sino más bien a que el elemento cognitivo se le hace depender del nivel de intensidad de la contravención al derecho que se establezca para considerar la licencia (o informe) como ilegal o arbitraria<sup>993</sup>. Es decir, se viene a deducir el dolo de la entidad o gravedad objetiva de la infracción de las leyes que pueda contener la licencia o informe (a favor). Como advierte VIRTO LARRUSCAIN<sup>994</sup>, “no parece conveniente que en el Derecho penal utilicemos para detectar la injusticia/arbitrariedad, aunque esa sea la voluntad del legislador, el recurso a un elemento subjetivo *dependiente de la voluntad o de la actitud*, pues además de incrementar la inseguridad, y de no contribuir a distinguir la intervención penal de otros controles que son previos, mantiene o incrementa la dificultad de averiguar además del dolo, el elemento subjetivo (a sabiendas)”. Por su parte, MATELLANES RODRÍGUEZ<sup>995</sup> considera que “de la noción objetiva de injusticia, el legislador se traslada a la más concreta de arbitrariedad, que se especifica respecto a aquélla según una doble dimensión objetiva y subjetiva perceptible en esta última. Es decir, en *la actuación arbitraria se aprecia una doble naturaleza: desde una perspectiva externa, implica un apartamiento tan grosero y evidente del ordenamiento jurídico, un desbordamiento de la legalidad tan notorio y perceptible por todos, que en sí mismo revela la injusticia de la licencia; desde un plano interno, representa una actitud de conocimiento y decisión por parte del funcionario de decidir en contra de las pautas jurídicas*”. Igualmente OCTAVIO DE TO-

---

te dictare resolución contraria a Derecho en asunto administrativo será castigado con la pena de inhabilitación”. Este Grupo justificaba la misma en la conveniencia, una vez por todas, de que en nuestro texto punitivo se tipificase la prevaricación “no en función de que (la resolución) sea justa o injusta, ni de la arbitrariedad, *sino por la contravención de una norma jurídica de forma dolosa*”.

<sup>993</sup> En efecto, la Jurisprudencia de la Sala 2ª. del Tribunal Supremo en numerosas resoluciones ha hecho depender el delito de prevaricación del nivel de ilegalidad que conlleve la resolución, haciendo mención a una serie de conceptos jurídicos indeterminados que obviamente pueden crear inseguridad jurídica: en unos casos se ha hablado de que ha de ser manifiesta e insufrible (STS 15-12-2008 EDJ 2008/272884); en otros de la grosería de la misma (STS 19-11-2008 EDJ 2008/234539) o de que la ilegalidad sea esperpéntica (STS 13-3-2009 EDJ 2009/50772); también se ha constatado que la ilegalidad ha de ser patente e incuestionable (STS 25-4-2008 EDJ 2008/48913); en otros casos se menciona que la ilegalidad ha de tener carácter cuantitativo, atendiendo a la notoriedad y gravedad de la misma (STS 28-6-2004 EDJ 2004/82694).

<sup>994</sup> VIRTO LARRUSCAIN, *El delito de prevaricación del funcionario público*, en Delitos contra la Administración Pública, editora Asúa Batarrita, IVAP, Vitoria 1997, p. 155.

<sup>995</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, *Medio ambiente y funcionarios públicos. Análisis del tipo objetivo del art. 329 del CP*, cit., p. 291.

LEDO<sup>996</sup> rechaza la fórmula en tanto que tampoco con esas expresiones típicas de “a sabiendas de la injusticia” (de los arts. 320 y 322 CP) o “resolución arbitraria” (del art. 404 CP) llega a dilucidarse la esencial cuestión sobre si el dolo exigido por el tipo es el dolo directo o acoge también el dolo eventual. Por último, CASTRO BOBILLO<sup>997</sup> señala que la resolución, naturalmente, habrá de ser injusta para que se pueda tener conciencia de su injusticia y, consecuentemente, el elemento subjetivo presupone el objetivo, cualificando esta expresión el carácter del informe, licencia o voto.

El núcleo conceptual de la expresión legal *a sabiendas de su injusticia* radica en el conocimiento del carácter arbitrario de la licencia (informe o voto a favor) emanada de la autoridad o funcionario, entendiéndose por arbitrariedad la esencia del propósito subjetivo antijurídico de la misma<sup>998</sup>. La arbitrariedad es una propiedad objetiva de la conducta ilegal que requiere la concurrencia de conciencia por parte de la autoridad o funcionario de realizar una acción contraria al ordenamiento jurídico urbanístico-histórico o ambiental.

Desde el punto de vista jurisprudencial<sup>999</sup> cuando el CP exige que el autor actúe a “sabiendas de la injusticia de la resolución” lo que hace es utilizar de forma equivalente los términos injusticia y arbitrariedad. El conocimiento del funcionario debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. El elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución “a sabiendas”, a través de la cual puede decirse que se comete el delito de prevaricación del art. 404 CP cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración<sup>1000</sup>.

---

<sup>996</sup> OCTAVIO DE TOLEDO, *El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el CP*, LL, 1996 tomo 5, p. 1523.

<sup>997</sup> CASTRO BOBILLO, *Los delitos contra la ordenación del territorio*, APen, 1997-1, p. 415.

<sup>998</sup> Vid. POLAINO NAVARRETE, *Curso de DP español PE*, tomo II, de Cobo del Rosal, 1997, p. 281-282.

<sup>999</sup> Véase fundamentalmente la STS, Sala 2ª, de 28-3-2006 (EDJ 2006/337351).

<sup>1000</sup> Vid. en similar sentido:

- A. STS de 1-7-2008 (EDJ 2008/124079) según la cual en el término “a sabiendas de su injusticia” lo que ha de entenderse es conciencia y voluntad del acto, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del dolo.
- B. STS de 8-6-2008 (EDJ 2006/94060) por la cual “a sabiendas de su injusticia” supone la postergación por el autor de la validez del derecho o de su amparo y, por lo tanto, la vulneración del Estado de Derecho, lo que supone un grave apartamiento del derecho. La jurisprudencia de esta Sala ha requerido que el acto sea objetivamente injusto. Integra la prevaricación cuando “queda de manifiesto la irracionalidad de la resolución de que se trata”, o cuando la resolución vulnera abiertamente la Constitución.

En lo referido a este doble elemento objetivo-subjetivo es conveniente comprobar las dudas con las que se ha manifestado el legislador dentro de los artículos que nos interesan (320, 322 y 329 CP). Mientras que en los apartados segundo de cada uno de ellos el conocimiento del hecho antijurídico queda vinculado a la circunstancia de su injusticia, en los apartados primeros de cada uno de ellos se utilizan fórmulas diferentes.

En efecto, en el art. 320.1 CP se puede observar una doble referencia al elemento objetivo de la ilegalidad o contravención del ordenamiento jurídico: por un lado el tipo subjetivo queda referido y vinculado al elemento objetivo de su *injusticia*, y además se exige también que haya una contrariedad u oposición (es decir, ilegalidad y/o arbitrariedad) en los informes a favor de la concesión de la licencia respecto de las normas urbanísticas vigentes. Es como si el legislador hubiera pretendido exigir un plus en el elemento objetivo del cual poder colegir más fácilmente la existencia del dolo, lo que no debe considerarse adecuado. En mi opinión hubiera sido más acertado (según se hace en los arts. 329 y 446 CP entre otros) dejar aislado el tipo subjetivo con el elemento “a sabiendas” y matizar exclusivamente la arbitrariedad - como elemento objetivo- en el ataque a la legislación relativa a la ordenación del territorio según queda constatado en dicho delito.

Por su parte, en el art. 322.1 CP ya no se produce la duplicidad indicada anteriormente, sino que la circunstancia de la “injusticia” queda de nuevo íntimamente ligada al elemento típico subjetivo (a sabiendas), y ello de manera exclusiva. También hubiera sido más lógico aislar el conocimiento doloso y referir la ilegalidad

- 
- C. STS de 15-11-2004 (EDJ 2004/197365) según la cual en el delito de prevaricación la resolución arbitraria ha de dictarse “a sabiendas” de esa injusticia, es decir, con conocimiento por parte de la autoridad o funcionario público de que concurre en su comportamiento ese carácter arbitrario. El dolo, elemento subjetivo, necesario en todas las infracciones penales dolosas, se encuentra así exigido expresamente en esta norma del art. 404 CP.
  - D. STS de 16-4-2002 (EDJ 2002/12183) según la cual el hecho se produce “a sabiendas de su injusticia” cuando el funcionario actúa con plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico.
  - E. STS de 10-12-2001 (EDJ 2001/55046) que respecto a la locución *a sabiendas de la injusticia* afirma: “Cabe pensar que nos encontramos ante la exigencia de un elemento subjetivo cualificado que no podrá sino ser cuidadosamente ponderado cuando el presunto culpable de la prevaricación sea una persona lea en derecho o inexperta en temas administrativos, de suerte que “se cometerá el delito de prevaricación administrativa cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, adopta un determinado acuerdo porque quiere aquel resultado y antepone su voluntad a cualquier otra consideración”.

(injusticia o arbitrariedad) al ataque del elemento típico objetivo de los edificios singularmente protegidos.

En consecuencia, la forma en que queda plasmado el elemento subjetivo en el art. 329.1 CP creo que es la más correcta. Aquí efectivamente se individualiza el elemento subjetivo “a sabiendas” y separadamente -como elemento objetivo- se exige la ilegalidad del informe a favor de la concesión de las licencias que permitan el funcionamiento de actividades contaminantes. Sin embargo, esa contravención al derecho no basta que sea de cualquier tipo sino que ha de ser *manifiesta*. El problema en el art. 329.1 CP es que respecto a su segunda conducta no se exige expresamente que el “silenciamiento” (derivado de sus inspecciones) tenga que ser especialmente injusto, arbitrario o manifiestamente contrario a derecho: simplemente se requiere que la citada omisión suponga la infracción de normas jurídicas en vigor, lo cual deberá interpretarse igualmente como la existencia de un comportamiento arbitrario e injusto por parte del funcionario, que es indudablemente lo que objetivamente se quiere tipificar en este delito y que es lo que la norma penal pretende evitar en relación al funcionario, según la pauta establecida en el art. 9.3, *in fine*, de la CE. Por tanto, se debe llegar a la conclusión de que las dos conductas recogidas en el art. 329.1 CP han de ser arbitrarias y palpablemente contrarias al ordenamiento jurídico, y que esta circunstancia debe ser conocida y asumida por el funcionario para que, desde el punto de vista subjetivo, concurra el tipo penal.

Resumiendo, creo que la locución “a sabiendas” debería ir referida sólo al ámbito del dolo, mientras que la “injusticia” del funcionario (en el sentido de arbitrariedad como indica la jurisprudencia<sup>1001</sup>) debería haberse vinculado al resto de los demás elementos típicos objetivos según hace el art. 329.1 CP.

### **3. La forma dolosa de los artículos 320, 322 y 329 del CP**

El primer efecto que produce la introducción por parte del legislador de la locución subjetiva “a sabiendas”, en cada uno de los delitos estudiados, es la clara de-

---

<sup>1001</sup> Entre otras, SSTs de 4-12-2003 (EDJ 2003/209393); 28-2-2005 (EDJ 2005/23874); y 28-3-2006 (EDJ 2006/337351).

terminación de que sólo es posible la conducta dolosa en los mismos. Ya lo habría sido respecto a los arts. 320 y 322 del CP incluso si el legislador no hubiera introducido esa expresión considerando la ausencia en sus respectivos Capítulos de una cláusula general de incriminación expresa de la imprudencia. Es decir, únicamente podrán incurrir en este tipo de delitos las autoridades o funcionarios públicos que, con su conducta, conozcan el hecho de haber creado un peligro o riesgo no permitido para los bienes jurídicos protegidos. El dolo (conocimiento actual del hecho injusto) ha de abarcar y referirse a todos los elementos del tipo objetivo, incluso a los elementos complementadores de los llamados tipos en blanco incompletos que se insertan en los delitos estudiados<sup>1002</sup>. Por tanto, no resultarán incardinables en estos tres tipos penales analizados los supuestos en los que al funcionario, sin estar seguro de la ilegalidad de su informe favorable previo a la licencia (o de la concesión de esta), se le plantean dudas razonables que le hacen estimar como probable su error y, pese a ello, no se abstienen de hacerlo<sup>1003</sup>. También habrán de quedar fuera del margen típico de estos delitos las licencias o informes injustos que realicen los funcionarios y autoridades de manera imprudente, por ignorancia, en función de su indiferencia a la hora de elaborar los mismos o por un mal uso de los instrumentos interpretativos que utilicen, dejando al margen la problemática del art. 331 CP que abordaremos más adelante.

En conclusión, solamente incurrirán en estos delitos las autoridades o funcionarios públicos que, conociendo plenamente la ilegalidad de su informe favorable, de la concesión de la licencia o de su voto a favor, procedan a realizar tales conductas, siendo conscientes de la arbitrariedad que van a acarrear.

Dos problemas importantes surgen en relación a la forma dolosa de estos delitos que se estudian: en primer lugar, averiguar, mediante el pertinente análisis, el nivel de conocimiento y conciencia que ha de tener la autoridad o funcionario en el momento de llevar a cabo su conducta antijurídica, lo cual conllevará a comprobar qué tipo o modalidad de dolo (directo o eventual) es factible en estos delitos; y en segundo lugar, determinar si el nivel de ilegalidad o contravención al derecho como

---

<sup>1002</sup> JAKOBS, DP PG. *Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª. ed. 1997, p. 342.

<sup>1003</sup> DE LA MATA BARRANCO, Art. 320.1: *prevaricación específica en el caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas*, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, cit., IVAP 1998, p. 168.

elemento objetivo del tipo puede afectar y determinar el tipo de dolo ante el que nos hallamos. Sobre todo esto habrá que referirse a continuación.

### 3.1 El dolo directo (de primer y de segundo grado) en los delitos estudiados.

Dentro de las distintas gradaciones del *conocer* que dan lugar a una responsabilidad criminal dolosa, hay que citar en primer lugar la forma del dolo directo, que es la que más claramente se constata en estos delitos analizados. Indudablemente el uso del elemento subjetivo “a sabiendas” en estos tipos penales lo hace incompatible con cualquier otra clase de dolo que no sea el directo. En este sentido es clara la doctrina jurisprudencial cuando reiteradamente ha entendido que la mencionada locución “a sabiendas” supone un dolo reforzado o directo<sup>1004</sup>.

Sin embargo, el problema surge respecto a la hora de especificar si estos delitos requieren dolo directo de primer grado o cabe también el de segundo grado.

En el dolo directo de primer grado la autoridad o funcionario público, sabiendo perfectamente el contenido de todos los elementos que componen el tipo objetivo, procede a emitir el informe injusto favorable o conceder la licencia ilegal o bien emitir un voto a favor que es opuesto a la normativa “ambiental” en su sentido am-

---

<sup>1004</sup> Para la STS 19-2-2006 (EDJ 2006/29228) el término “a sabiendas” revela el propósito del legislador de exigir el dolo directo para la comisión del delito de prevaricación.

Igualmente la STS de 14-6-2002 (EDJ 2002/ 28371) indicó que en el párrafo primero del artículo 358 del ACP se exige que el funcionario obre “a sabiendas ” de lo injusto, lo que entraña una forma de **dolo reforzado** que viene interpretándose en el sentido de que el sujeto comisor ha de tener una clara conciencia de la arbitrariedad, dolo o intención que ha de probarse, como elemento subjetivo del tipo, más allá de toda duda razonable.

También la STS 8-1-2002 (EDJ 2001/57153) indica que “la autoridad o funcionario han de dictar esa resolución “a sabiendas” de esa ilicitud. Esta expresión (“a sabiendas ”) constituye simplemente la exigencia expresa y **reforzada**, en la definición legal, del dolo como requisito típico en todos los delitos dolosos, como un vigorizar en la ley para este delito concreto este elemento subjetivo. El legislador quiere que sólo pueda ser castigado por este delito de prevaricación quien conozca con seguridad la ilegalidad de la resolución que adopta. Conviene añadir aquí que este “a sabiendas ” o conocimiento con seguridad es compatible con la inexistencia de un móvil particular en el obrar del funcionario o autoridad. Puede cometerse, como aquí ocurrió, con un móvil público, cuando, por ejemplo, actúa con exceso de celo en un determinado asunto”.

---



plio; por lo tanto, su cobertura, según el contexto de los art. 320, 322 y 329 del CP no plantea ningún interrogante.

Sin embargo, respecto al dolo directo de segundo grado la doctrina científica española se halla dividida. Como bien es sabido, en este tipo de dolo el sujeto activo no busca esencialmente la realización del tipo, pero sabe y advierte como seguro (o casi seguro) que su actuación dará lugar al delito. Aquí el autor no llega a perseguir directamente una determinada comisión delictiva sino que ésta se le representa como consecuencia necesaria o inevitable de otra<sup>1005</sup>.

Dentro de esta problemática, ACALE SÁNCHEZ<sup>1006</sup> considera que al utilizar el legislador la expresión “a sabiendas” se debe estar refiriendo exclusivamente al dolo directo de primer grado. Igualmente BLANCO LOZANO<sup>1007</sup> entiende que la arbitrariedad/injusticia del art. 320 CP (extensible también a los arts. 322 y 329) es una propiedad objetiva de la conducta ilegal que requiere la concurrencia de conciencia y voluntad por parte del sujeto activo -autoridad o funcionario- de realizar una acción contraria al ordenamiento jurídico-urbanístico; tal conciencia de la injusticia de la acción representa un elemento subjetivo del injusto de carácter cognitivo que va más allá del simple dolo directo de segundo grado, ya que el autor de la conducta, además de querer realizar la acción ilegal, ha de poseer el subjetivo conocimiento de la ilegalidad de la misma. Por tanto, para dicho autor, la exigencia del dolo directo de primer grado es patente, siendo insuficiente el de segundo grado.

Contrariamente a los anteriores autores GÓRRIZ ROYO<sup>1008</sup> entiende que es perfectamente apreciable el dolo directo de segundo grado en estos delitos funcionariales en los casos en los que la autoridad o funcionario público no persiga como fin causar un perjuicio al funcionamiento de la administración urbanística o a la ordenación del territorio, sino que lo que pretenda sea realmente conseguir otro objetivo distinto, pese a lo cual prevea y asuma que como consecuencia de su actuar cometería el tipo del art. 320 CP.

Sobre esta cuestión, considero que podría admitirse la posibilidad de estimarse la forma comisiva de estos delitos a través del dolo (directo) de segundo grado. En primer lugar porque a través de la expresión “a sabiendas” lo que se quiere reflejar

---

<sup>1005</sup> MIR PUIG, S.: *DP PG*, 8ª. ed., editorial Reppertor, Barcelona 2008, p. 265.

<sup>1006</sup> ACALE SÁNCHEZ, *Delitos Urbanísticos*, cit., p. 363.

<sup>1007</sup> BLANCO LOZANO, *El Delito Urbanístico*, cit. p. 151.

<sup>1008</sup> GÓRRIZ ROYO, *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., pp. 335 y ss.

es la concurrencia plena del conocimiento por parte del funcionario de su conducta antijurídica y contraria a la normativa “ambiental”, en sentido amplio, y dicho elemento cognitivo subyace en las dos formas dolosas a las que me estoy refiriendo. Así, por ejemplo, si el concejal de un Ayuntamiento está dispuesto a cometer un delito de cohecho (art. 419 CP), a cambio de dinero, pero para recibir la dádiva pactada con un importante constructor asume el hecho de votar en el pleno de la Corporación a favor de la concesión de una licencia ilegal, es incuestionable que ese funcionario sabe que la acción que desea (recibir el dinero por el soborno) es típica, pero también asume la condición impuesta para el cobro (votar a favor de la ilegalidad), la cual es contraria a derecho al atacar la confianza democrática que la sociedad ha puesto en él para que respete y haga respetar el ordenamiento jurídico, y por lo tanto, ha asumido la realización de otro tipo penal (320, 322 ó 329 del CP). En este caso, el voto favorable es la consecuencia inevitable para la pretensión fundamental del concejal: recibir la contraprestación o dádiva. La única diferencia es que la segunda conducta es menos inmediata que la primera: ambas conductas serán punibles aunque con diferentes modalidades de dolo directo. Por eso no se ve inconveniente para la apreciación del dolo directo de segundo grado en dichos delitos.

### **3.2 El dolo eventual en los arts. 320, 322 y 329 del CP**

La cuestión más problemática en cuanto al aspecto subjetivo de estos tipos penales es la que se refiere a la posibilidad o no de admitir la forma del dolo eventual o condicionado. No en vano esta clase de dolo es doctrinalmente una de las cuestiones más polémicas en el Derecho penal y de gran trascendencia especialmente en sus límites respecto a la imprudencia consciente, la cual sería, en principio, impune en los delitos que se analizan.

El dolo eventual significa que el autor (autoridad o funcionario público, en nuestro caso) considera seriamente la posibilidad de realización del tipo penal y se con-

forma con ella<sup>1009</sup>. Como indica ROXIN<sup>1010</sup> en esta clase de dolo la magnitud del peligro conocido por parte del autor y la circunstancia de si el sujeto tenía, desde su posición, algún motivo para conformarse con el “resultado”, han de desempeñar un papel esencial al respecto.

Partiendo de estas premisas es necesario entrar a debatir sobre si la configuración subjetiva de los arts. 320, 322 y 329 CP admiten este dolo eventual. La doctrina española está muy dividida al respecto, siendo nuevamente el núcleo de la discusión el elemento típico “a sabiendas de su injusticia”. La pregunta a contestar es la de si esta expresión recoge y denomina simplemente lo que es un dolo general, como afirma CEREZO MIR<sup>1011</sup> o, por el contrario, supone un dolo *intensificado*, como mantiene nuestra jurisprudencia<sup>1012</sup>. Por eso mismo hay que desglosar esta cuestión entre las posiciones que son favorables a su admisión con los autores que la niegan.

### 3.2.1 Posiciones favorables a la apreciación de la concurrencia del dolo eventual.

En esta posición, minoritaria dentro de la doctrina científica española, cabe destacar en primer lugar a GARCÍA PÉREZ<sup>1013</sup> según el cual todas las formas dolosas en las que se cometieran los delitos en cuestión serían punibles. Sostiene esta tesis fun-

---

<sup>1009</sup> Vid. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de DP PG*, 5ª. ed., 2002, p. 321. Como afirman estos autores el contenido de injusto en esta clase de dolo eventual es menor que el de las otras dos clases de dolo porque aquí ni se persigue el resultado ni tampoco es visto como algo seguro, sino que es abandonado al curso de los acontecimientos aún a conciencia de la puesta en peligro del bien jurídico protegido.

Como advierte igualmente LUZÓN PEÑA, en *Curso de DP PG I*, 1996, p. 418, en el dolo eventual el sujeto no persigue o pretende directamente realizar el hecho típico, sabiendo que no es seguro, sino solo posible -una eventualidad, por tanto- que con su conducta realice el hecho (en su caso, resultado) típico.

Vid. también STRATENWERTH, *DP PG I, El hecho punible*, 2005, cit., p. 164.

<sup>1010</sup> ROXIN, *DP PG tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. Luzón Peña, Díez y García Conlledo y Vicente Remesal, 2ª. ed. 1997, p. 447.

<sup>1011</sup> CEREZO MIR, *Curso de DP español PG II, Teoría jurídica del delito*, 6ª. ed. 1998, p. 153.

<sup>1012</sup> Por todas, SSTs de 8-1-2002 (EDJ 2001/57153) y 14-6-2002 (EDJ 2002/28371).

<sup>1013</sup> GARCÍA PÉREZ, *Algunas reflexiones sobre la denominada prevaricación específica del art. 320 CP*, en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, LH-Cerezo Mir, cit., 2002, p. 1278.

damentándola en dos aspectos: el primero es que en el CP español la locución *a sabiendas* expresa un dolo general, no alguna de sus clases, y en todo caso este elemento alude al aspecto intelectual del mismo sin que ello ofrezca una base legal para excluir al dolo eventual; en segundo lugar, y refiriéndose al art. 329 CP, puesto que el elemento *a sabiendas* no se puede hacer extensible a la conducta típica del “silenciamiento funcional con motivo de las inspecciones”, cabiendo, por tanto, aparte de la forma dolosa su forma imprudente, sería un contrasentido castigar esta última forma delictiva y excluir a otra más grave como la cometida a través de un dolo eventual, que plasma un mayor contenido de lo injusto; por tanto, estos preceptos han de castigar todas las conductas dolosas.

Por su parte, GÓRRIZ ROYO<sup>1014</sup> considera que, entendiendo el dolo eventual como una modalidad de dolo cuya clasificación se deduce atendiendo al elemento volitivo, difícilmente cabe excluir el castigo de ésta o cualquier otra modalidad dolosa. Cualquiera que sea la clase de dolo que se verifique, quedaría abarcada por el conocimiento del autor: la diferencia entre dichas clases solo estribaría en el grado de voluntad. De esta manera si el elemento *a sabiendas* se refiere específicamente al *conocimiento del hecho* exigido en sede de culpabilidad, cuando éste se verifique puede abarcar, tanto la voluntad directa de prevaricación, como la eventual intención de cometer dicho ilícito. En concreto, refiriéndose al art. 320 CP, entiende que el funcionario competente que informa, vota o resuelve a favor teniendo serias dudas sobre si contraviene las normas urbanísticas vigentes (ya sea por ignorancia, por un insuficiente estudio de la legislación o por precipitarse para quitarse el asunto de encima), sabe de por sí que su conducta probablemente es arbitraria: si pese a ello decide actuar, la citada autora entiende que se dan los requisitos del dolo eventual y, en definitiva, su conducta será punible.

GUISASOLA LERMA<sup>1015</sup> viene a afirmar que el dolo eventual está comprendido en la exigencia del tipo penal de actuar “a sabiendas”, pues este elemento abarca todas las clases de dolo, partiendo de idéntico grado de conocimiento. En efecto, desde la adscripción a las teorías positivas del consentimiento tal locución se identifica con el elemento intelectual del dolo (el conocimiento del hecho), el cual es igual tanto para

---

<sup>1014</sup> GÓRRIZ ROYO, *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., 2004, pp. 111-113 y 338.

<sup>1015</sup> GUISASOLA LERMA, *Delitos contra el patrimonio Cultural*, cit., 2001, p. 596.

el dolo directo como para el eventual, situando la diferencia en el contenido de la voluntad del sujeto<sup>1016</sup>.

En línea parecida a la anterior autora, ORTS BERENGUER<sup>1017</sup> considera que cuando el funcionario emite un informe a favor o concede una licencia teniendo serias dudas sobre si está aplicando correctamente la legalidad pertinente, sabe que probablemente sea arbitraria y si, pese a saberlo, la emite, estará cometiendo el delito en cuestión.

OCTAVIO DE TOLEDO<sup>1018</sup> entiende que la expresión “a sabiendas” implica un conocimiento de los elementos informe, licencia, injusticia etc. que cumple la función de excluir todo lo culposos (incluida la consciente) y circunscribir el tipo a la comisión dolosa, incluido el dolo eventual conforme a la teoría de la probabilidad de la que participa. Afirma que difícilmente cabe encontrar una palabra que, implicando voluntad, sea más compatible con la contextura del dolo eventual que esta de *arbitraria*, en el sentido de *injusticia*<sup>1019</sup>, siquiera sea por el matiz que corrientemente se le asigna de actitud de desprecio hacia las normas administrativas. La admisión del dolo eventual -que según este autor sólo se verificará para un reducido número de supuestos- implica una advertencia al funcionario a operar con extrema cautela en cada caso concreto.

Por último, GÓMEZ TOMILLO<sup>1020</sup> considera que los presentes delitos analizados sólo pueden ser cometidos a través de la forma dolosa, y teniendo en cuenta que debe tenderse hacia una teoría del dolo unitaria referida al dolo en general, cabrá perfectamente estimar la forma del dolo eventual<sup>1021</sup>.

---

<sup>1016</sup> GUIASOLA LERMA sigue diciendo, en *ob. ult. cit.*, p. 597, que parece existir actualmente acuerdo en admitir que, para afirmar la existencia de dolo eventual, se requiere, de un lado, *no descartar* o *contar con* la posibilidad del delito, así como un cierto momento volitivo consistente en “resignarse o conformarse” con la probabilidad, en el presente caso, de otorgar una licencia injusta. Y si además el elemento volitivo del dolo se concibe, no naturalísticamente como un proceso psicológico, sino como *un compromiso de actuar*, no parece existir duda alguna en admitir el dolo eventual. Quien asume la probabilidad de emitir un informe favorable ilegal o dictar una licencia contraria a derecho, puede decirse que se compromete con su acción, y en ese sentido decimos que se ha querido lo que se ha asumido.

<sup>1017</sup> Vid. ORTS BERENGUER, *Comentarios al Código Penal de 1995*, coord. Vives Antón, tomo II, 1996, p. 1781

<sup>1018</sup> OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, 1980, cit., p. 390.

<sup>1019</sup> OCTAVIO DE TOLEDO, *El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal*, LL, 1996, tomo 5, p. 1523.

<sup>1020</sup> GÓMEZ TOMILLO, *Urbanismo, función pública y Derecho Penal*, 2000, cit., pp. 152-153.

<sup>1021</sup> Como afirma GÓMEZ TOMILLO, en *ult. ob. cit.* pp. 151-154, desde la perspectiva subjetiva lo único que indica la cláusula “a sabiendas de su injusticia” de los dos apartados de los arts. 320 y 322 y el 329.2 CP es que el funcionario debe conocer que su actuación no se ajusta a derecho. Cuando

### 3.2.2 Posiciones contrarias a la aceptación del dolo eventual.

La mayoría de la doctrina española considera muy difícil admitir la forma del dolo eventual en los delitos que se vienen analizando. Así MATELLANES RODRÍGUEZ<sup>1022</sup> entiende que la introducción expresa del elemento subjetivo “a sabiendas” impide la posibilidad de apreciar la existencia del dolo eventual en los supuestos que interesan. Es decir, si el legislador prevé en los arts. 320, 322 y 329 CP que se actúe “con conocimiento” de la injusticia del informe/licencia, y que aquella se concrete en su arbitrariedad, con la carga cognoscitiva y decisión favorable a la ilegalidad que aquél informe o licencia conlleva, la exclusión del dolo eventual parece que queda fuera de toda duda. Igualmente la supresión en el NCP de la forma imprudente tanto en el delito de prevaricación común (art. 404 CP) como, en principio, en los delitos que se estudian, aconseja la admisión únicamente del dolo directo, pues sólo en éste se da un despliegue pleno de los elementos cognoscitivo y volitivo tan específicamente reclamados por el elementos “a sabiendas”. Por tanto, si el funcionario público actúa con alguna duda respecto de la adecuación a Derecho de su con-

---

estos preceptos exigen que este sujeto activo actúe bajo los parámetros de esa cláusula dolosa está requiriendo dos cosas: en primer lugar que el informe emitido (o la concesión de la licencia respecto a los apartados dos) sea injusto, es decir, está elevando la *injusticia* a elemento del tipo objetivo; y en segundo lugar, con el elemento subjetivo “a sabiendas” la norma está exigiendo que el sujeto activo sepa o conozca que el informe (o licencia) que emite es arbitrario, lo que parece claramente aludir al elemento cognoscitivo del dolo. En definitiva, una interpretación vinculada a la dicción escogida por el legislador más bien parece llevar a la conclusión de que el precepto se conforma con el conocimiento de *uno* de los elementos del tipo, lo que apunta más bien en la dirección de incluir dentro de su perímetro la culpa con representación. Otra cosa es que se entienda que tal conclusión es político-criminalmente indeseable, de modo que una construcción dogmática orientada en esta línea podría servir para evitarla: que se exija en este punto concreto de forma explícita el conocimiento de uno de los elementos del tipo no implica necesariamente que se esté prescindiendo de la exigencia general de que, además, esté presente una determinada voluntad criminal.

En mi opinión no se puede estar de acuerdo con la posición de este autor (GÓMEZ TOMILLO). El locativo “a sabiendas” excluye totalmente la posibilidad de la “culpa con representación”, según deja entrever Gómez Tomillo. No puede ser lo mismo el saber o prever con gran seguridad que el hecho ha sucedido u ocurrirá (característico del dolo directo en sus dos grados) con la posibilidad sería de que ese hecho (resultado) acontezca, que es lo que caracteriza el dolo eventual. Además alguna diferencia deberá haber en los casos en que, no existiendo cláusula expresa de incriminación imprudente respecto a los arts. 320 y 322 CP (como sucede en los Cap. I y II del Tit. XVI), el legislador opta por incluir la expresión “a sabiendas”. Cuando se decide incluir ese locativo (su exclusión en los arts. 320 y 322 CP los hubiera seguido manteniendo también como delitos dolosos) lo que se está viniendo a decir es que es imprescindible por parte del sujeto activo de que exista un conocimiento seguro de que el hecho injusto va a suceder. En mi opinión el término “a sabiendas” excluye la posibilidad de apreciar el dolo eventual.

<sup>1022</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, *Medio ambiente y funcionarios públicos (Análisis del tipo objetivo del art. 329 CP)*, cit., pp. 298-300.

ducta informante u otorgante (de la licencia), ya sea por ignorancia o por precipitación, no parece que pueda apreciarse esa plenitud de conocimiento que exige la expresión “a sabiendas”, cuya rotundidad no da pie a pensar que el legislador quiso dejar paso a estos supuestos de actuación vacilante que desembocan en injusticia: “o se sabe o no se sabe, y si hay dudas, que se cifran en una probabilidad de estar cometiendo una ilegalidad, el sujeto *no sabe*”, no actúa, por lo tanto, “a sabiendas”<sup>1023</sup>.

Igualmente, BARRIENTOS PACHO<sup>1024</sup> refiriéndose al art. 320 CP estima que en estos delitos queda excluido la comisión por dolo eventual, ya que la exigencia de que la autoridad o funcionario público actúen “a sabiendas de su injusticia” supone un *plus añadido a la mera ilegalidad*, materializado en la necesidad de que la conciencia del autor abarque el dato de que el informe/licencia contravenga las normas sustantivas de planeamiento (urbanísticas), así como también las procedimentales esenciales y los principios constitucionales informadores de la actividad de la Administración Pública, exigencia ésta que cubriría y estaría acorde con el carácter de *ultima ratio* del ordenamiento penal. Por tanto, no basta con el *simple* conocimiento de la contravención de las normas urbanísticas, pues en ese caso estaríamos sólo en presencia de una infracción administrativa grave prevista y sancionada en el art. 228.2 de la Ley del Suelo de 1976: es necesario ese algo más para conformar el dolo a efectos penales y que no es otro que ese plus de ilegalidad antes citado. En conclusión, para este autor el dolo eventual de estas conductas entraría de lleno en la vía administrativa.

Por su parte, ACALE SÁNCHEZ<sup>1025</sup>, refiriéndose exclusivamente al art. 320 CP, afirma que es evidente que, si con la expresión “a sabiendas” únicamente se quería aludir a la exigencia del dolo, la misma debió omitirse, pues al no castigarse expresamente la comisión imprudente, la conducta de este delito, por definición, ha de ser dolosa<sup>1026</sup>. La inclusión expresa del citado elemento subjetivo hace que el delito funcional urbanístico sólo quepa con la concurrencia del dolo directo, remitiéndose la conducta realizada por dolo eventual a la normativa administrativa.

---

<sup>1023</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, *ob. ult. cit.*, p. 300.

<sup>1024</sup> BARRIENTOS PACHO, *Delitos relativos a la ordenación del territorio*, LL, tomo 6, año 1996, p. 1560.

<sup>1025</sup> ACALE SÁNCHEZ, *La responsabilidad del funcionario público y de la autoridad en el Tit. XVI del CP: Especial referencia al art. 320*, RPJ n°. 47, 1997, p. 142.

<sup>1026</sup> Esta posición sería también factible respecto al art. 322 CP pero no respecto al art. 329 CP ya que la supresión de la expresión “a sabiendas” en el mismo produciría la posibilidad de su comisión imprudente dada la existencia de la cláusula del art. 331 CP.

GARCÍA ROMÁN<sup>1027</sup> establece que contrariamente a lo que el legislador ha establecido para el art. 319 CP, en el que sólo se exige que concurra un ánimo doloso en el agente, en el delito funcional del art. 320 CP se requiere un dolo reforzado o especialmente intenso, lo que ha de interpretarse en el sentido de exclusión del dolo eventual.

Igualmente NARVÁEZ RODRÍGUEZ<sup>1028</sup> también excluye la posibilidad del dolo eventual, al considerar que es requisito necesario del art. 320 CP que el sujeto conozca con carácter previo a su informe (u otorgamiento de licencia) la flagrante ilegalidad urbanística en la que se va a incurrir, y pese a ello informe favorablemente la decisión ulterior de conceder la licencia, o directamente la conceda.

Por último, desde el punto de vista jurisprudencial es reiterada la postura que indica que el locativo “a sabiendas” excluye la comisión de estas responsabilidades funcionariales vía del dolo eventual<sup>1029</sup>.

### 3.2.3. Toma de posición.

En este ámbito subjetivo la cuestión no sólo es constatar que en los delitos que se analizan únicamente caben las formas dolosas respecto a su comisión, sino que también es fundamental determinar a qué clases de dolo se están refiriendo los mismos. En primer lugar, no creo que sea el nivel de ilegalidad -mayor o menor- en que pudiera incurrir el funcionario público en estos delitos lo que esencialmente determine la posibilidad de la concurrencia de dolo eventual o no.

La clave para determinar si es aceptable este dolo eventual en los arts. 320, 322 y 329 CP, se encuentra en analizar la fórmula final utilizada por el legislador para concretar el aspecto subjetivo de estos tipos. En efecto, no se introdujo el concepto multívoco de “intención” o “intencionalidad”, ni el de “dolosamente”; tampoco se le

---

<sup>1027</sup> GARCÍA ROMÁN, *Delitos sobre la Ordenación del Territorio*, en Derecho penal administrativo (ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente), 1997, cit., p. 120.

<sup>1028</sup> NARVÁEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos sobre la ordenación del territorio: la responsabilidad penal de la Administración urbanística*, APen. 1997-1, p. 382.

<sup>1029</sup> SSTs de 23-10-2000 (EDJ 2000/44193), 30-5-2002 (2002/19586) y 3-6-2002 (EDJ 2002/20178).



exigió al funcionario actuar “de mala fe”, que posiblemente pueda expresar la exigencia de un dolo directo de primer grado: la expresión finalmente aceptada por el legislador penal fue “a sabiendas”, que se caracteriza, según el uso lingüístico actualmente uniforme de la ley, como exigencia siempre de dolo directo<sup>1030</sup>.

El problema es interpretar este elemento subjetivo y adecuarlo a lo que realmente quiere decir. No se trata de configurarlo como un *plus de antijuridicidad* sino que la cuestión es determinar cuál debe ser el nivel de conocimiento que conlleva la locución “a sabiendas”. Con este componente subjetivo lo que se está queriendo decir es que el funcionario o autoridad ha de tener un *conocimiento* -en el sentido de entendimiento- *seguro y pleno*, un estado de consciencia, no sólo de la injusticia o arbitrariedad que su conducta va a acarrear, sino también de todos los demás elementos típicos de estos tipos penales. Y ese conocimiento pleno, a mi entender, no se produce cuando el sujeto activo asume la probabilidad de que su acción pudiese ser antijurídica, sino únicamente acontece cuando comprende la clara arbitrariedad que va a realizar y a pesar de ello procede a firmar su informe favorable injusto o concede o vota a favor una licencia (“ambiental” en sentido amplio) de las referidas en los delitos que se analizan.

Como muy bien afirmaba MATELLANES<sup>1031</sup> se sabe o no se sabe, y si hay dudas, el sujeto ya *no sabe*, no actuando “a sabiendas”. Hay que considerar que la *probabilidad*, desde el punto de vista lingüístico, en modo alguno puede equipararse a *certeza*. No se puede creer, sinceramente, que esta expresión subjetiva exprese la probabilidad de que con la conducta realizada se pueda delinquir, asumiendo tal riesgo; es por ello que no cabe la comisión de estos tres delitos vía dolo eventual.

Contrariamente a lo que venía afirmando GÓRRIZ ROYO<sup>1032</sup> ni se puede referir al dolo en sede de culpabilidad, y sí en sede de tipicidad, ni se puede determinar qué clase de dolo cubre el art. 320 del CP en virtud del grado de voluntad del funcionario, ya que deberá ser la teoría cognoscitiva la que especifique cuándo nos hallamos ante el delito anteriormente indicado.

Al exigirse el dolo directo en los delitos que se estudian, el funcionario ha de saber que cuando vota a favor de la concesión ilegal de una licencia de las estipula-

---

<sup>1030</sup> Vid. Luzón Peña, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, ed. Universitas SA, Madrid 1996, p. 415; STRATENWERTH, *DP PG I. El Hecho punible*. trad. Cancio Meliá/Sancinetti, 2005, p. 171.

<sup>1031</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, *Medio ambiente y funcionarios públicos (Análisis del tipo objetivo del art. 329 del CP)*, Bosch, Barcelona 2000, p. 300.

<sup>1032</sup> GÓRRIZ ROYO, *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., 2004, pp. 111-113 y 338.

das en los arts. 320 y 329 CP cumplimenta todos los elementos objetivos plasmados en el tipo, uno de los cuales es haber actuado en clara arbitrariedad y con riesgo para los bienes amparados. Lo mismo habrá de exigirse cuando emita y firme un informe favorable a la concesión de una licencia ilegal o cuando ésta la otorgue tal funcionario.

Para finalizar habrá de excluirse de las conductas dolosas de estos artículos, aquellos comportamientos funcionariales por medio de los cuales se otorguen licencias o se emitan informes ya sea por auténtica ignorancia, por un insuficiente estudio de la legislación, por dejadez o por precipitación al querer *quitarse el asunto de encima*, ya que las mismas deberían entenderse como imprudentes siendo atípicas en base a los arts. 320, 322 ó 329 CP<sup>1033</sup>.

#### **4. La forma imprudente en las responsabilidades funcionariales relativas a la Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente.**

La exclusión de la forma imprudente en los delitos que se estudian ha sido criticada por parte de la doctrina española<sup>1034</sup>, máxime cuando respecto a otros funcionarios/autoridades -como por ejemplo los jueces- se ha mantenido esa modalidad comisiva<sup>1035</sup>. Algún sector doctrinal<sup>1036</sup> justifica esta decisión del legislador en una doble motivación: por un lado en la necesidad de establecer un criterio de demarcación entre las infracciones penales y las administrativas y, por otro lado, porque con

---

<sup>1033</sup> Hay que incidir una vez más que el elemento subjetivo “a sabiendas” de estos delitos, al ser doloso, es totalmente incompatible con la comisión imprudente.

<sup>1034</sup> CANCIO MELIÁ, *La responsabilidad del funcionario por delitos contra el medio ambiente en el CP español*, ADPCP 1999, t. LII, p. 163; TAMARIT SUMILLA, *Comentarios a los art. 321-324 CP*, en ComCP de Quintero Olivares/Morales Prats, tomo III, Thomson&Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 1503.

<sup>1035</sup> Compruébese el art. 447 del CP según el cual “El Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos meses a cuatro años”.

<sup>1036</sup> Por todos, GONZÁLEZ CUSSAC, *El Delito de prevaricación de Funcionario Público*, 1994, p. 38; GÓRRIZ ROYO, *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., 2004, p. 326; y MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios al DP, tomo III, PE*, de Quintero Olivares/Morales Prats, Thomson&Aranzadi, 2008, p. 1530.

el previsible castigo de la imprudencia, el funcionario y la autoridad que actuara en estos ámbitos podría sentirse *coartado* o controlado en el ejercicio sus funciones al informar o conceder a favor las licencias pertinentes<sup>1037</sup>.

Concretando ya cada uno de los artículos objeto del presente trabajo, hay que decir, en primer lugar, que en el art. 320 CP se excluye la forma imprudente de manera radical no sólo por la introducción del elemento “a sabiendas”, sino porque en los Capítulos I o V del Tit. XVI del Libro II del CP no se ha introducido una cláusula de incriminación expresa de la imprudencia como exige el art. 12 CP.

En segundo lugar, respecto al art. 322 CP, tampoco cabe una responsabilidad funcional imprudente por el mismo motivo que el anteriormente aludido. Sin embargo, en este ámbito subyace una problemática ante la desacertada introducción del art. 324 CP como delito imprudente de daños al llamado patrimonio cultural. TAMARIT SUMALLA<sup>1038</sup> afirma que cabe especular a la hora de admitir la posible concurrencia de responsabilidad penal por parte de autoridad o funcionario en los supuestos de una conducta imprudente suya con ocasión de los hechos del art. 324 CP. Este autor entiende que, pese a que el legislador no ha seguido en estos delitos del Cap. II el modelo de los delitos contra el medio ambiente, no existe inconveniente en reconocer la posibilidad de actuación imprudente punible funcional en los supuestos del art. 324 (tipo imprudente), siempre que concurra una conducta omisiva del mismo que reúna las condiciones previstas en el art. 11 CP.

En último lugar, por lo que se refiere al art. 329 CP nos hallamos ante el precepto que mayores discusiones doctrinales ha planteado. Ello se debe principalmente a la introducción por parte del legislador del art. 331 del CP, que no es otra cosa que

---

<sup>1037</sup> GÓRRIZ ROYO justifica este último aspecto, en *ult. ob. cit.*, p. 327, afirmando que las autoridades y funcionarios están inmersos en un ámbito de mayor *riesgo* para lesionar bienes jurídicos en el ejercicio de sus competencias que el resto de ciudadanos en las actividades que desarrollan.

En mi opinión esta justificación es insatisfactoria ya que, por este mismo motivo, las previsibles *imprudencias* en que pudiesen incurrir los jueces y tribunales tampoco deberían merecer una condena penal (debiendo por tanto destipificarse el art. 447 CP), pues supondrán “coartar a esas autoridades”, y serían sólo “sancionadas” vía administrativa por el CGPJ. Esto obviamente no puede ser así ante la tipificación del citado art. 447 CP por el que los jueces y magistrados responderán penalmente por imprudencia grave o ignorancia inexcusable.

Creo que no es de recibo afirmar que el funcionario o autoridad podría sentirse coartado o controlado en su actividad por la supuesta existencia de la forma imprudente en los arts. 320, 322 ó 329 CP: el funcionario ha de actuar siempre bajo las pautas que le indica el art. 9.3 de la CE.; si así lo hace no ha de tener temor ninguno ni se podrá sentir coaccionado respecto a la previsible tipificación imprudente en estos delitos.

<sup>1038</sup> TAMARIT SUMALLA, *Comentario del arts. 322 CP*, en Comentarios al NCP de Quintero Olivas/Morales Prats, Aranzadi 2001, p. 1546.

una cláusula general imprudente de alcance limitado que afecta teóricamente a todo el Cap. III del Tit. XVI, al ser el último precepto del mismo. En este sentido es imprescindible hacer una breve referencia a sus características esenciales debido a las repercusiones que tiene en relación al art. 329 CP. En primer lugar, el art. 331 CP se refiere a “hechos” y no a los delitos previstos en el Capítulo III (De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente); en segundo lugar se refiere exclusivamente -como es lógico desde el punto de vista penal- a las imprudencias graves; y en tercer lugar, cuando se alude a “en su caso”, se está refiriendo tan sólo a los supuestos en que procediere o fuese posible la forma imprudente.

Se habrá de comprobar si los “hechos” recogidos dentro del delito funcional ambiental (art. 329 CP) pueden sancionarse por la vía de la imprudencia o no. SILVA SÁNCHEZ<sup>1039</sup>, partiendo de la idea de que este precepto contiene una de las expresiones que bloquean la forma imprudente (*a sabiendas*), entiende igualmente que el art. 329 CP no se halla afectado por el art. 331 del mismo texto; así, de la misma forma que en los delitos de los artículos 320 y 322 del CP no se ha incluido expresamente la forma imprudente (según exige el art. 12 CP), difícilmente podría entenderse que un precepto estructuralmente tan similar a ellos, como es el art. 329 CP, pudiera cometerse en su forma culposa. Por su parte PRATS CANUT<sup>1040</sup>, partiendo de una interpretación estricta, mantiene en principio que en la medida en que el art. 331 CP se refiere a *hechos* y no a *delitos*, no cabe tomar en consideración los elementos típicos referidos ya sea a elementos subjetivos del injusto, ya sea a partículas de intencionalidad, con capacidad para limitar la eficacia de los comportamientos imprudentes, y por tanto todos y cada uno de los ilícitos contemplados en el Cap. III admiten la comisión imprudente. Pese a esto, y desde una contemplación sistemática de los distintos preceptos en juego, termina reconociendo la solución a favor de la impunidad penal de los comportamientos imprudentes relacionados con el art. 329 CP. Por último, GARCÍA PÉREZ<sup>1041</sup> considera que la segunda de las conductas tipificadas en el art. 329.1 CP (silenciamiento de infracciones legales con motivo de las inspecciones funcionariales) es perfectamente subsumible dentro de la cláusula del art. 331 del CP

---

<sup>1039</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Los delitos contra el medio ambiente*, cit., 1999, p. 169.

<sup>1040</sup> PRATS CANUT, *Actuación incorrecta del funcionario público y responsabilidad en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública*, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, editor De la Mata Barranco, IVAP, 1998, p. 126.

<sup>1041</sup> GARCÍA PÉREZ, *Algunas reflexiones sobre la denominada prevaricación específica del art. 320 CP*, en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, LH-Cerezo Mir, 2002, p. 1278.

y podría cometerse por imprudencia grave, en tanto que el elemento subjetivo de “a sabiendas” solo afecta a la conducta de informar a favor (inciso 1º. del art. 329.1 CP).

Desde el punto de vista jurisprudencial es continua la postura de excluir la forma imprudente en los tipos penales en los que el legislador incluye, como elemento subjetivo, la locución *a sabiendas*<sup>1042</sup>. En vista de esto, y por deducción, el art. 329 CP, quedará excluido de la cláusula expresa de incriminación imprudente del art. 331 CP.

En mi opinión no cabe la comisión de este delito funcional ambiental a través de la forma imprudente ya que el funcionario -que actúa “a sabiendas”- necesita conocer plenamente los elementos objetivos típicos y con ello que su conducta es totalmente contraria a derecho y por tanto arbitraria. Por eso el art. 329 CP es uno de los que quedan al margen del art. 331 del mismo texto cuando éste hace referencia a *en su caso*<sup>1043</sup>. Ello no quiere decir, según afirma CANCIO MELIÁ<sup>1044</sup>, que la autoridad o funcionario no pueda responder criminalmente por imprudencia, en su caso, por la vía del art. 325 CP.

## §.7 *Iter criminis* de los arts. 320, 322 y 329 del CP

### I. Consideraciones previas.

El análisis del conjunto de etapas sucesivas que va desde el alumbramiento de la idea delictiva por parte de la autoridad o funcionario público hasta la completa realización de estos tipos (arts. 320, 322 y 329 CP) ha de tener como inicial referencia el contenido del art. 15.1 CP. Según éste sólo “son punibles el delito consumado y la

---

<sup>1042</sup> En este sentido SSTs de 23-10-2000 (EDJ 2000/44193), 30-5-2002 (2002/19586) y 3-6-2002 (EDJ 2002/20178).

<sup>1043</sup> Como afirma la mayoría de la doctrina española, las conductas imprudentes referidas a estos delitos sólo podrán ser sancionadas vía administrativa. Vid. VICENTE MARTÍNEZ, *La responsabilidad penal de la Administración urbanística: el párr. 2º. del art. 320 CP*, en *Delitos contra el Urbanismo y la Ordenación del Territorio*, editor De la Mata Barranco, IVAP, 1998, p. 190; MUÑOZ CONDE, *DP PE*, 16ª. ed., 2007, p. 492; y GÓMEZ TOMILLO, *Urbanismo, función pública y Derecho penal*, cit., 2000, pp. 159 y ss.

<sup>1044</sup> CANCIO MELIÁ, *La responsabilidad del funcionario por delitos contra el Medio ambiente en el CP español*, ADPC 1999, tomo LII, p. 167.

tentativa de delito”, quedando excluido cualquier acto preparatorio (conspiración, proposición o provocación), salvo que se castigase de forma especial en la Ley, cosa que, en principio, no acontece en estos delitos *ambientales* especiales (arts. 17 y 18 del CP).

Entrando ya más directamente en el estudio de los artículos que nos interesan se puede comprobar claramente la diferenciación que existe entre los apartados uno y dos de cada uno de ellos en el sentido de que en aquéllos la anticipación de la protección penal es bastante anterior a la de éstos últimos. Por ello algún sector doctrinal ha entendido que, dentro de la siempre compleja distinción entre actos preparatorios-actos ejecutorios, las conductas informantes (favorables) de los arts. 320.1, 322.1 y 329.1 del CP se configuran como auténticos delitos de preparación, es decir, delitos que en rigor son puros actos preparatorios pero castigados como tipos autónomos<sup>1045</sup>.

Así POLAINO NAVARRETE<sup>1046</sup> considera que el tipo penal del art. 322.1 equipara un acto ejecutivo (resolución de la concesión) con un acto preparatorio (emisión de informe favorable a la concesión de la licencia ilegal), lo cual es incorrecto conforme a los principios que presiden la graduación de penalidad del *iter criminis* y resulta insatisfactorio desde el punto de vista de justicia material. Igualmente considera este autor<sup>1047</sup> que el art. 329.1 CP, en cuanto se refiere a la emisión de informes favorables, integra un tipo de participación en la figura de participación funcionarial en el “delito ecológico”. Tal participación del funcionario se produce sobre un acto previo a la ejecución delictiva de la concesión de licencia ilegal. En consecuencia, la emisión de informe a favor constituye un acto preparatorio atípico, no representativo de conspiración ni de proposición ni de provocación, y que es objeto de específica tipificación en el marco de esta figura legal. Desde esta perspectiva, según POLAINO NAVARRETE<sup>1048</sup>, habría que entender el “informe favorable” como integrante de un

---

<sup>1045</sup> Como afirman JESCHECK/WEIGEND en ocasiones el legislador, por especiales razones político-criminales, se presta a castigar como delitos autónomos acciones preparatorias de fisonomía típica y elevada peligrosidad, sin necesidad de que el autor pensara ya en un delito perfectamente determinado (en este caso sería un delito *ambiental*). Vid. *Tratado de DP, PG*, 5ª. ed., trad. Miguel Olmedo Cardenote, Comares 2002, p. 562-563.

<sup>1046</sup> POLAINO NAVARRETE, *Delitos contra el Medio ambiente en el CP español de 1.995*, en Estudios Jurídicos LH-Casabó Ruiz, vol. II, Institut de Criminologia de la Universitat de Valencia, Valencia 1997, p. 604.

<sup>1047</sup> POLAINO NAVARRETE, *ob. ult. cit.*, p. 618.

<sup>1048</sup> POLAINO NAVARRETE, *ob. ult. cit.*, p. 618.

delito de acto preparatorio autónomo, en que el comportamiento delictivo se consuma con la mera realización del acto preparatorio autónomamente incriminado.

Por el contrario, GÓRRIZ ROYO<sup>1049</sup> no admite que puedan calificarse las modalidades del apartado 1º. del art. 320 como actos preparatorios, concretamente, proposiciones para delinquir. Considera que sólo en apariencia la conducta del art. 320-1 CP puede ser interpretada como un acto preparatorio (en el sentido de los arts. 17 y 18 CP) ya que, por lo general, la conducta del funcionario informante será el preludio del inicio de la ejecución de otro delito o un preestadio de autoría o de participación en la realización del delito del funcionario que resuelve (la concesión de la licencia ilegal). En concreto, de los actos preparatorios el único que cabría comparar con el delito del art. 320.1 CP sería la “proposición para delinquir”. Sin embargo, GÓRRIZ ROYO no contempla que sean asimilables desde la perspectiva material, la conducta de este precepto a la de *proponer*, porque para castigar por el art. 320.1 CP no será imprescindible probar que el funcionario público con competencia para informar a favor “hubiera propuesto” a la autoridad que debía resolver el hecho de conceder una licencia urbanística ilegal. Como es sabido, la *invitación* a delinquir es un requisito esencial de la proposición del art. 17.2 CP, que, sin embargo, no es necesario verificar en virtud de la literalidad del art. 320.1 porque incluso sin esa invitación, el funcionario “informante” puede poner en peligro la “ordenación del territorio” y ser merecedor de pena.

Por otro lado, otra serie de autores<sup>1050</sup> consideran que en los tipos de los arts. 320.2, 322.2 y 329.2 CP al equipararse las conductas de quienes “resuelvan” y de quienes “voten a favor” parece que el legislador ha querido crear un “delito de emprendimiento propio”, dando la ley un mismo tratamiento a la tentativa de esos delitos (mediante un voto a favor de la licencia ilegal que luego se revele inútil) como a la consumación de los mismos<sup>1051</sup>. Por ello, una interpretación satisfactoria de estas

---

<sup>1049</sup> GÓRRIZ ROYO, *Los delitos de prevaricación urbanística*. Tirant lo Blanch, Valencia 2004, pp. 299-300.

<sup>1050</sup> Por todos, PAREDES CASTAÑON, *Los delitos contra la Ordenación del Territorio*, en Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales y otros Tribunales, año 2000, volumen II, Estudios e Índices, Aranzadi. Pamplona, p. 156; y SILVA SÁNCHEZ, *Los delitos contra el medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, p. 162.

<sup>1051</sup> En estos tipos de delitos de emprendimiento se agrava la reacción jurídico penal, produciéndose una conminación penal directa en caso de la tentativa, con la renuncia a la atenuación de ésta. Vid. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de DP PG*, 5ª. ed., Comares 2002, pp. 565-566; y JAKOBS, *DP PG, Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª. ed., trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid 1997, p. 856.

peculiares figuras delictivas debe llevarnos a la conclusión de que, al menos, será necesaria para la tipicidad de la conducta el dolo del sujeto que vota a favor en relación con la consumación del hecho delictivo; es decir, si el funcionario votante conoce la imposibilidad de que la resolución ilegal llegue a producirse, entonces no podrá hablarse de dolo y tampoco de delito, puesto que cualquier interpretación distinta a ésta llevaría a una incriminación puramente formalista, lo cual no es admisible en el Derecho Penal.

En mi opinión es difícil aceptar, respecto a las conductas de los apartados uno de los preceptos analizados, que se esté ante *delitos de preparación*<sup>1052</sup> o de *actos preparatorios*. En primer lugar porque con estos informes a favor, la autoridad o funcionario público directamente está dando principio a la ejecución de hechos exteriores (art. 16.1 CP). En segundo lugar no se trata de cualquier clase de informe favorable lo que el legislador ha tipificado, sino sólo aquel que efectúa el funcionario público con plena conciencia de su antijuridicidad y contenido doloso, pues ataca directamente a la legalidad vigente y a pesar de ello lo realiza sabiendo que infringe taxativamente su deber. Podría considerarse que estos comportamientos tienen suficiente gravedad y contenido de injusto “*per se*” como para que se tipifiquen y se sancionen de manera autónoma y sin dependencias de ninguna clase, es decir, sin necesidad de que tenga que ir acompañado de la posterior concesión o no de la licencia injusta. No puede olvidarse que esos informes -que en principio no son vinculantes<sup>1053</sup> para la concesión de la licencia, aunque en muchas ocasiones puedan ser preceptivos- no supone la concesión de la licencia ilegal: la “uniformidad” entre el informe y la licencia no tiene porqué producirse. Por tanto, la conducta informante no puede ser entendida como el acto preparatorio a la conducta delictiva de la concesión de la licencia ilegal, ya que aún a pesar de que ésta no hubiera sido otorgada, el servidor público sí que puede delinquir por la trasgresión al derecho que se realiza al emitir un informe a favor injusto. Por el contrario, sí que considero que tanto las conductas de los apartados 1 y 2 de estos delitos se pueden calibrar como delitos de

---

<sup>1052</sup> Vid. JESCHECK/WEIGEND, *ob. ult. cit.*, p. 287.

<sup>1053</sup> Recuérdese que el art. 83.1 de la LRJAP y PAC afirma que “salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes”.



emprendimiento *proprios* en el sentido de que se da un mismo tratamiento a la tentativa y a la consumación<sup>1054</sup>.

Dicho todo esto con un fin puramente instrumental a los efectos de delimitar mejor el *iter criminis* de estos delitos funcionariales, se debe entrar ya a examinar el momento en el que llegan a consumarse cada una de las conductas típicas plasmadas en los delitos analizados, así como pormenorizar sobre la cuestión de la tentativa -en sus diversas formas- de los mismos.

## II) La consumación.

Siguiendo los principios básicos de la teoría general del delito, la consumación de los delitos de los arts. 320, 322 ó 329 CP se producirá con la realización de todos los elementos del tipo de injusto reseñados en los mismos. Se trata, según la doctrina mayoritaria, de un concepto formal que no indica nada sobre la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos penalmente protegidos. Así pues, la consumación no se puede determinar atendiendo a que el sujeto activo haya logrado su propósito<sup>1055</sup>.

Este punto de partida tiene gran trascendencia a los efectos de analizar el momento de la consumación de estos delitos funcionariales, máxime teniendo en cuenta que nos hallamos ante delitos de peligro abstracto puro en los cuales la ley adelanta la frontera de la represión penal a un momento anterior a la efectiva producción de todo aquello que quiere evitar (en el presente caso la contaminación ambiental, el menoscabo de la ordenación territorial o el deterioro del patrimonio cultural).

---

<sup>1054</sup> Como indican JESCHECK/WEIGEND, en *Tratado de DP PG*, 5ª. ed., pp. 287 y 565, emprendimiento de un delito es su tentativa y su consumación siendo su sentido la de agravar la reacción jurídico penal en tanto que la tentativa no recibe aquí trato mejor que la consumación sino que se equipara a ésta. La importancia de estos delitos de emprendimiento radica en que desaparece la posibilidad de atenuación de pena para la tentativa y decae el privilegio del desistimiento, lo que conlleva un adelantamiento de la penalidad total a la fase de tentativa.

<sup>1055</sup> JAKOBS, *DP PG: Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª. ed. trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, 1997, p. 855; MIR PUIG, *DP PG*, 8ª. ed., 2008, p. 355; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *DP PG*, 5ª. ed., Valencia 1999, p. 732; y JESCHECK/WEIGEND, en *Tratado de DP PG*, 5ª. ed., pp. 556.

No obstante, para el correcto estudio de esta cuestión parece indispensable, por la problemática que plantea, ir desglosando las tres conductas típicas recogidas en los artículos 320, 322 y 329 CP (informar favorablemente, conceder la licencia ilegalmente y votar a favor de la concesión de licencia ilegal), además de una cuarta que únicamente se recoge en éste último tipo penal (el silenciamento de infracciones con motivo de sus inspecciones).

1. La consumación delictiva de las “conductas informantes a favor” de los arts 320.1, 322.1 y 329.1 CP.

Estos preceptos tipifican como conductas delictivas dolosas de las autoridades o funcionarios públicos el haber informado favorablemente bien proyectos de edificación o la concesión de licencias urbanísticas ilegales (art. 320.1), bien proyectos de derribo o alteración de edificios especialmente protegidos (art. 322.1), o bien la concesión de licencias manifiestamente ilegales que permitan el funcionamiento de empresas contaminantes (art. 329.1). Sin embargo, determinar el momento de la realización de la conducta típica, y por ello su consumación, no es algo sobre lo que haya consenso dentro de la doctrina española, existiendo al respecto dos criterios bien definidos.

Un primer sector mayoritario considera que la simple emisión dolosa del informe favorable injusto por parte del funcionario público, una vez firmado e incorporado al expediente correspondiente, produce la consumación delictiva, sin necesidad de que haya que vincularlo a la concesión misma de la licencia.

Así GÓRRIZ ROYO<sup>1056</sup>, respecto al art. 320.1, entiende que para consumir el delito no se precisa que se produzca un *resultado* ni tampoco que se de comienzo a la ejecución de los delitos contra la ordenación del territorio (art. 319 CP): con la mera acción dolosa de informar a favor se comete el delito no requiriéndose que el informe influya efectivamente en la resolución del expediente administrativo o en la decisión relativa a la concesión de la licencia. Exigir cualquier otro requisito no tendría ningún apoyo legal y sólo tendría como fin acotar el ámbito de punibilidad.

---

<sup>1056</sup> GÓRRIZ ROYO, *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., 2004, pp. 305-306.

Por su parte, GARCÍA PLANAS<sup>1057</sup> entiende que siendo el art. 320.1 CP un delito de mera actividad, la consumación del mismo se produce con la simple emisión dolosa del informe favorable contrario a las normas urbanísticas vigentes. Esto incluso cuando la autoridad o el funcionario público que tengan que dictar la resolución no hagan caso al informe y resuelvan en sentido contrario a lo manifestado en el mismo. Es decir, en el citado art. 320.1 CP la concesión de la licencia posterior a la emisión del informe favorable es una cuestión irrelevante al no ser exigida por el tipo de injusto.

Igualmente DE VICENTE MARTÍNEZ<sup>1058</sup> entiende que el art. 320.1 CP, lo que hace es anticipar la consumación del delito al momento en que el informe favorable pongan en peligro la ordenación del territorio establecida en las normas urbanísticas, sin que el precepto exija que se haya de conceder la licencia urbanística o aunque ésta finalmente sea rechazada.

Asimismo GÓMEZ TOMILLO<sup>1059</sup>, respecto al 320.1 CP, afirma que es suficiente con la mera emisión dolosa del informe a favor para que se entienda consumado el delito ya que nos hallamos ante un delito de peligro abstracto puro y no ante un delito lesivo. Considera este autor que no es asumible el punto de vista de un sector doctrinal según el cual también sería necesario para la consumación que la concesión de la licencia finalmente se hubiera concedido o incluso que se hubiera llegado a realizar la edificación o ejecución de la obra sujeta a licencia. Alega dos motivos para mantener esta postura: el primero porque tal *plus* no es un requisito implícito del tipo ya que del art. 320.1 CP no se desprende en absoluto que sea preciso un resultado exterior diferenciado de la propia acción del funcionario -el propio informe favorable- para que sea punible; y en segundo lugar, porque no es posible calificar de acto preparatorio el hecho de informar favorablemente porque nunca puede ser calificado como tal aquel que “incide directamente en la descripción efectuada por los tipos de la parte especial”: precisamente en eso consiste la acción del autor de un delito consumado.

---

<sup>1057</sup> GARCÍA PLANAS, *El Delito Urbanístico. (Delitos relativos a la Ordenación del Territorio)*, cit., 1997, p. 100.

<sup>1058</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ, *La responsabilidad penal de la Administración urbanística: el párr. 2º del art. 320 del CP*, en *Delitos contra el Urbanismo y la Ordenación del Territorio*, cit., IVAP 1998, p. 190.

<sup>1059</sup> GÓMEZ TOMILLO, *Urbanismo, función pública y Derecho Penal*, cit., 2000, pp. 213-219.

Refiriéndose ya al art. 322.1 CP, GUIASOLA LERMA<sup>1060</sup> considera que bastará únicamente con la emisión por parte del funcionario del informe favorable injusto y doloso, sin que sea necesario comprobar los posibles resultados consecuencia de su actuación, pues se trata de delitos de mera actividad.

También respecto al mismo precepto (322.1 CP) MILANS DEL BOSCH<sup>1061</sup> afirma que por el hecho de estar ante un delito de consumación anticipada de carácter eminentemente formal, el tipo penal del 322.1 CP se comete por parte de los funcionarios con la emisión dolosa del informe a favor, con independencia de la concesión de la licencia, o de que se haya producido el derribo o la alteración referido en el tipo básico del 321 CP.

Por último, para DEL CASO JIMÉNEZ<sup>1062</sup> el art. 329.1 CP, como delito de infracción de un deber que es en su opinión, queda consumado por la simple emisión dolosa del informe favorable arbitrario llevado a cabo por el funcionario público al desatender la correcta aplicación de la legalidad y producir la quiebra que los ciudadanos tienen en la credibilidad de la Administración.

El segundo sector doctrinal al que se hacía referencia viene a manifestar que el “informe favorable” por sí solo no tiene porqué producir automáticamente la consumación de estos delitos. Es decir, vinculan la consumación delictiva de las conductas de los arts. 320.1, 322.1 y 329.1 CP con el hecho de la concesión de la licencia ilegal o incluso con la ejecución de las obras ilegalmente permitidas con la autorización, con el derribo o alteración de edificios singulares o con la actividad contaminante misma.

Así NARVÁEZ RODRÍGUEZ<sup>1063</sup> se cuestiona, respecto al 320.1 CP, qué ocurriría en aquellos supuestos en que, elaborados los informes favorables oportunos por parte de las autoridades o funcionarios públicos, con consciencia de que eran flagrantemente contrarios a las normas urbanísticas sobre la materia, el órgano administrativo competente no concede finalmente la licencia urbanística. En este

---

<sup>1060</sup> GUIASOLA LERMA, *Delitos contra el Patrimonio Cultural. Arts. 321-324 del CP*, cit., 2001, p. 576.

<sup>1061</sup> MILANS DEL BOSCH, *Delitos sobre el patrimonio histórico*, en *Derecho Penal Administrativo (Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente)*, cit., 1997, p. 221.

<sup>1062</sup> DEL CASO JIMÉNEZ, *Comentarios al Título XVI del Libro Segundo del Código Penal*, en *ComCP y Jurisprudencia* (arts. 238 a 639), tomo II, coord. Julián Sánchez Melgar, ed. Sepin, Madrid 2004, p. 1673.

<sup>1063</sup> NARVÁEZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal de la Administración urbanística: el art. 320 del CP*, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº. 270, 21 de noviembre de 1996, p. 3.

supuesto este autor distingue un doble aspecto: a) si no llegare a realizarse la edificación o ejecución de obra sujeta a licencia, la conducta del funcionario que emitió el informe favorable no consumaría el delito y quedaría impune en cuanto mero acto preparatorio, al no aparecer éste expresamente tipificado; y b) que sí llegare a realizarse la edificación o ejecución de obra (ilegalmente), o se estuviese realizando en el momento de iniciación de las actuaciones penales: aquí, además de incurrir los promotores, constructores o directores en el delito del art. 319.2, el funcionario público que hubiere emitido el informe a favor habría consumado el delito del art. 320.1 CP.

Por su parte, SIERRA LÓPEZ<sup>1064</sup>, partiendo de lo que considera íntima relación existente entre la prevaricación común y los presentes tipos funcionariales específicos, entiende que el momento consumativo de estas conductas informantes (favorables) tendrá lugar una vez que se haya producido el ingreso de la licencia ilegal en el tráfico jurídico. No se puede admitir como consumados estos delitos (320.1, 322.1 y 329.1 CP) con el simple informe favorable del funcionario sin todavía haberse resuelto o no la concesión de la licencia ilegal, sino por el contrario sólo se consumarán cuando haya sido concedida ésta. Justifica su postura mezclando lo que es el principio de ofensividad con la consumación delictiva misma, al afirmar que estando ante delitos de peligro hipotético, se cumplimenta con tal fórmula el requisito de una idoneidad de la conducta para lesionar los bienes jurídicos del Título XVI, y esto sólo acontece cuando la resolución ha entrado en el tráfico jurídico y adquiere (dicho informe a favor seguido de la concesión de la licencia ilegal) una potencialidad lesiva para esos intereses.

BERNAL VALLS<sup>1065</sup> argumenta que para que el delito quede consumado hay que exigir que haya llegado a concederse la licencia o autorización ilegal en el expediente en el cual se emitió el informe favorable, al ser un requisito implícito en el tipo del 320.1 CP. Ello se deduce del hecho de que la concesión de la licencia injusta se sanciona con la misma pena que la emisión del informe favorable, lo cual se justifica por la relevancia de dicho informe favorable.

---

<sup>1064</sup> SIERRA LÓPEZ, *La prevaricación específica del funcionario público en el marco de los delitos recogidos en el en el título XVI: su relación con la prevaricación genérica del art. 404 del CP*, APen nº. 36, de 8 de octubre de 2000, pp. 780-781.

<sup>1065</sup> BERNAL VALLS, *Delitos contra la ordenación del territorio*, Curso impartido en la Fiscalía General del Estado sobre “Nuevas formas de delincuencia económica”, 30 de Septiembre a 2 de octubre de 1996.

Mucho más lejos -como pudo observarse- se posiciona DE LA MATA BARRANCO<sup>1066</sup> refiriéndose al art. 320 CP, al considerar que no se puede aceptar que estemos ante un delito de peligro si con ello se pretende indicar la posibilidad de sancionar la emisión de un informe a favor con independencia de que la construcción o la edificación referida en el art. 319 CP se lleven a cabo. Por ello, entiende que la consumación del delito del art. 320.1 sólo se producirá si otro sujeto construye o edifica lo que el funcionario ha informado favorablemente ya que el informe a favor carece por sí sólo de relevancia alguna como para afectar a la ordenación del territorio.

Mi posición quedó en buena medida reflejada cuando se trató sobre el alcance que debía de otorgarse al elemento típico del “informe favorable”, alineándose, por tanto, con el primero de los sectores doctrinales indicados. Según está redactada la conducta típica de los apartados uno de los artículos que se estudian, ha de entenderse consumado este delito cuando el funcionario, dolosamente, redacta y firma su informe favorable opuesto a la normativa *ambiental*, en sentido amplio, incorporándose al expediente administrativo pertinente.

No se puede exigir, vía interpretativa, como complemento de tipicidad la necesidad de una posterior concesión de la licencia ilegal, y menos la misma ejecución de la obra para la que se concedió la autorización, porque el legislador no lo ha expresado en ningún caso así en la norma penal. La conducta informante de estos delitos será típica aún en el supuesto de que la concesión de la licencia fuese denegada por el órgano competente, precisamente por estar ante un delito de mera actividad. Se afirma esto pese a la posibilidad de estar equiparando informes favorables que podrían no tener ningún efecto ni relevancia jurídica *ex post* con los que sí lo tuviesen, pero también plenamente conscientes de que cualquier informe tan doloso del funcionario público, como el tipificado en los arts. 320.1, 322.1 y 329.1 CP, tiene un contenido de injusto un tanto significativo y el incumplimiento de su deber es tan patente que no se puede obviar ni dejar de sancionar, pues el ataque al bien jurídico denominado “correcto ejercicio de la función pública” es manifiesto.

---

<sup>1066</sup> DE LA MATA BARRANCO, *Art. 320.1: prevaricación específica en el caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas*, en *Delitos contra el Urbanismo y la Ordenación del Territorio*, cit., IVAP, 1998, pp. 154-157.

Por último, es necesario hacer dos puntualizaciones respecto a la doctrina que viene vinculando férreamente la consumación de la conducta de “informar favorablemente” con la posterior concesión de la licencia. En primer lugar, constatar nuevamente el carácter formal de la consumación, la cual no se debe determinar en relación al peligro o lesión de bienes penalmente protegidos y sí a la realización de los elementos del tipo (en este caso de los arts. 320.1, 322.1 y 329.1 CP), es decir, la consumación no precisa la terminación o agotamiento material de la lesión o peligro de dicho bien<sup>1067</sup>. En segundo lugar, el hecho de que el legislador haya establecido las mismas penas para los apartados uno y dos de los artículos estudiados se debe bien a una incorrección del legislador o bien al deseo de darles el tratamiento de delitos de emprendimiento propio que tienen ambas conductas, pero de ello no se puede deducir en absoluto que para que sean consumados éstos (arts. 320.1, 322.1 y 329.1, primer inciso) sea necesario que, además del informe favorable, se requiera la posterior concesión de la licencia ilegal indicada en los números dos de esos preceptos. El que el legislador no haya estado acertado en la fijación de la pena para sancionar la conducta informante no puede hacer pensar que se le tenga que hacer depender de la concesión misma de la ilegal licencia para su consumación delictiva.

2. La consumación de la conducta de “conceder por sí mismo la licencia ilegal” de los arts. 320.2, 322.2 y 329.2 CP.

Entrando ya a conocer sobre las conductas del apartado segundo de dichos artículos, la primera de ellas es la concesión -dolosa y personal- por parte de la autoridad o funcionario público de una licencia ilegal. Precisamente al estar ante una conducta que supone una auténtica prevaricación (específica), la consumación se producirá de la misma forma a la del art. 404 del CP, es decir, en el momento de resolver favorable y dolosamente la licencia arbitraria referida a la ordenación del territorio, al patrimonio histórico o al medio ambiente.

Algún sector doctrinal minoritario, en la línea anteriormente expuesta, entiende que este delito sólo llega a consumarse cuando se ha procedido a realizar

---

<sup>1067</sup> MIR PUIG, *DP PG*, 8ª. ed. Barcelona. 2008, p. 355.

los actos ejecutorios de los tipos básicos, es decir, cuando se ha llevado a cabo la construcción, edificación, derribo, alteración, vertidos, ruidos etc. Esta postura parece rechazable puesto que ello es un *plus* que no aparece incorporado al tipo delictivo en ningún momento.

3. La consumación de la conducta de “votar a favor de la concesión de licencia ilegal” en los arts 320.2, 322.2 y 329.2 CP.

La conducta de “votar (la autoridad o funcionario público) dolosamente a favor de la concesión ilegal de la licencia *ambiental* como miembro de un órgano colegiado” presenta serios problemas en cuanto a su consumación. Estas dificultades devienen con motivo del resultado final que se pudiera producir en la votación respecto al otorgamiento de la licencia (injusta).

BARRIENTOS PACHO<sup>1068</sup> -respecto al art. 320.2 CP- entiende que la consumación de este delito se produce con la emisión del voto favorable de la autoridad o funcionario público tendente a la concesión de la licencia ilegal, aún en los supuestos de denegación mayoritaria de la concesión votada por haberlo hecho en contra, no precisándose tampoco que la construcción o edificación -para la que ilegalmente se otorgó la licencia irregular- llegue a ser realizada.

En sentido contrario, MATELLANES RODRÍGUEZ<sup>1069</sup> considera que el art. 329.2, segundo inciso del CP, ha de interpretarse en el sentido de que se castiga conductas de prevaricación cometidas a título de coautoría y, en consecuencia, que la licencia ilegal debe haber llegado a otorgarse. Considera que este tipo penal se refiere solamente a los casos en que, ante la adopción de un acuerdo (colegiado) dictado a sabiendas de su injusticia, cada uno de los que contribuyen a su adopción, votando afirmativamente, es autor del hecho delictivo. Así pues, este delito sólo se verá consumado cuando los votos a favor de las autoridades o funcionarios públicos logren la mayoría por la cual se conceda la licencia ilegal.

---

<sup>1068</sup> BARRIENTOS PACHO, *Delitos relativos a la ordenación del territorio*, LL, 1996-6, p. 1560; En igual sentido, RODRÍGUEZ PUERTA/VILLACAMPA ESTIARTE, *La responsabilidad penal del funcionario público en materia urbanística*, en Nuevo Derecho Penal español, Aranzadi, 2001, p. 1748; ACALE SÁNCHEZ, *Delitos Urbanísticos*, cit., 1997, p. 358; y ALASTUEY DOBÓN, *El ámbito de aplicación del art. 329 CP: examen de sus conductas típicas*, RDPCr, 2ª. época, nº. 9, Enero 2002, p. 36.

<sup>1069</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, *Medio Ambiente y Funcionarios Públicos (Análisis del tipo objetivo del art. 329 del CP)*, cit., p. 380.



Por su parte, GÓRRIZ ROYO<sup>1070</sup>, en relación al art. 320.2 CP, plantea varios supuestos diversos que deben ser recogidos. En primer lugar, se habrá consumado el delito cuando por unanimidad o mayoría se vote a favor de la concesión de la licencia ilegal en el seno del órgano colegiado. También responderán las autoridades que hayan emitido votos favorables aún cuando los votos ya otorgados fueran suficientes por sí solos para la adopción de la resolución, siendo indiferente el momento en que se ha votado. En segundo lugar, los casos de votos favorables minoritarios serían supuestos en que se vota a favor de la concesión de una licencia ilegal en el seno de un órgano colegial, si bien la resolución finalmente adoptada no es favorable a esa concesión. Aquí, desde una interpretación gramatical del art. 320.2 CP, dichos votos darían lugar a la consumación del delito. Sin embargo, en estos casos sería necesario restringir la consumación, y el posterior castigo de las conductas de votar a favor, a los supuestos en que éstas muestren, *ex ante*, una idoneidad para conformar la resolución y favorecer, mediante las actividades que se autorizan, la comisión de atentados graves a la ordenación del territorio.

Por último, SILVA SÁNCHEZ<sup>1071</sup> indica que la conducta de votar del art. 329.2 CP sólo queda consumada cuando *-ex ante-* muestra idoneidad para configurar la resolución autorizadora de las conductas contaminantes. El voto que *-ex ante-* carece de toda idoneidad para conformar esa resolución, no debe sancionarse.

Indicadas las anteriores posiciones doctrinales, en mi opinión estas conductas del segundo inciso del apartado segundo de los delitos analizados deberían entenderse consumadas desde el instante en que dolosamente la autoridad o funcionario público emite su voto a favor de la concesión de la licencia ilegal, independientemente del momento en que se produce y del recuento final del escrutinio (el cual pudiera conllevar el no otorgamiento de la licencia ilegal). Téngase en cuenta que precisamente nos encontramos ante un delito de mera actividad y que con ese “voto a favor” el funcionario pertinente da -o puede dar- vida a la existencia de una licencia injusta que se ha adoptado con un número determinado de votos y que todos ellos han hecho posible su existencia y han contribuido a su producción. Hay también que recordar que, dentro de un órgano colegiado, el

---

<sup>1070</sup> GÓRRIZ ROYO, *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., pp. 308-310.

<sup>1071</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Los delitos contra el medio ambiente*, cit. p. 162.

acuerdo de concesión o no de la licencia ilegal sólo existe una vez que se ha producido el recuento de todos los votos y se puede constatar la mayoría tendente a la concesión de las licencias ilegales a las que se refieren los arts. 320.2, 322.2 y 329.2 del CP.

4. La consumación de la conducta del silenciamento de infracciones con motivo de sus inspecciones del art. 329 CP.

El presente tipo penal, sólo introducido en el delito funcional relativo a los recursos naturales y medio ambiente, no plantea mayores problemas en cuanto se refiere a su consumación. Ésta se producirá cuando la autoridad o funcionario, una vez desplazado al lugar en donde tenga que llevar a cabo una inspección que le compete, viendo y comprobando manifiestas y palpables infracciones jurídico ambientales, decidiese conscientemente no reflejarlas en la pertinente acta que tiene que extender para entregársela al funcionario que ha de resolver.

### **III) La tentativa.**

Teóricamente es factible esta forma imperfecta de ejecución en cualquier tipo de delito, incluidos los de peligro abstracto puro<sup>1072</sup>, contrariamente a lo que acontece, por ejemplo, respecto a la imprudencia y a los actos preparatorios. Sin embargo, aunque sea imaginable esta tentativa respecto a dichos delitos de peligro, su relevancia práctica dependerá de que pueda estimarse subsistente en ella un mínimo de contenido de injusto<sup>1073</sup>.

El análisis de la tentativa en los arts. 320, 322 y 329 CP supondrá comprobar la posibilidad de que concurren los requisitos exigidos por el art. 16.1 del CP. En efec-

---

<sup>1072</sup> Como afirma JESCHECK/WEIGEND, en *Tratado de DP PG*, 5ª. ed., pp. 563, la tentativa es también posible en los delitos de mera actividad cuando, por una parte, la actividad no se consuma con su comienzo por requerir un cierto lapso de tiempo y, por otra, en los casos de aceptación errónea de un elemento del tipo (tentativa inidónea).

<sup>1073</sup> VIVES ANTON, *DP PG*, 5ª. ed. pp. 730 y 732.

to, según éste, habrá tentativa cuando: 1) el sujeto activo (autoridad o funcionario público) da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores; 2) que dicho sujeto haya practicado todos o parte de los actos que *objetivamente*<sup>1074</sup> deberían producir el resultado; y 3) que este resultado no llegue a producirse por causas independientes de la voluntad del autor.

Sobre la base de estas premisas, podría considerarse un tanto difícil la estimación de la tentativa acabada en los artículos que se analizan<sup>1075</sup>, ya que nos hallamos ante un delito de peligro “sin resultado” de ningún tipo. En efecto, si comprobamos la primera de las conductas tipificadas (informar a favor de la concesión de la licencia ilegal), la mera firma del informe favorable por parte del funcionario público automáticamente produciría la consumación del delito, en tanto que el mismo no puede vincularse con la concesión o no de la licencia ilegal (que podría entenderse erróneamente como el *resultado* exigido por el art. 16.1 CP), según anteriormente se

---

<sup>1074</sup> El adverbio *objetivamente* ha sido interpretado, según doctrina mayoritaria, en el sentido de que la “producción del resultado” no puede depender sólo de la imaginación del autor, sino que el plan de éste debe tener un fundamento racional. Efectivamente, el comienzo de ejecución necesario para la tentativa requiere que se traspase la frontera que separa los actos preparatorios (si los hay) de los actos ejecutivos. La distinción entre una y otra clase de actos se determina actualmente, según la mayoría de la doctrina, a través de la teoría objetivo-material. Ésta parte de la necesidad de acudir a un criterio material que permita delimitar objetivamente el inicio de aquel “campo previo” a la consumación que permite hablar ya de comienzo de la acción típica en sentido amplio; en la determinación de cuándo empieza el “campo previo” en el que ya da comienzo la ejecución debe tomarse en consideración el *plan del autor*, pero valorándolo desde un prisma *objetivo*. Como **criterios objetivos de valoración** del “plan del autor” se manejan dos: a) la “puesta en peligro inmediata”, que afirma el comienzo de la tentativa cuando se produce ya una inmediata puesta en peligro del bien jurídico; y b) la “inmediatez temporal” según el cual el comienzo de la tentativa se produce cuando se efectúa un acto inmediatamente anterior a la plena realización de la conducta típica, si el tipo describe una sola conducta, o, en los tipos que describen varios actos, cuando se realiza un acto inmediatamente anterior a uno de los descritos en el tipo penal. Este segundo criterio ofrece la ventaja de su mayor precisión, pues siempre será discutible cuándo empieza a producirse una puesta en peligro inmediata. Vid. al respecto, MIR PUIG, *DP PG*, 8ª. ed., 2008, pp. 346-350; JESCHECK/WEIGEND, *ob. ult. cit.*, pp. 551-553; y STRATENWERTH, *DP PG I, El hecho punible*, trad. Cancio Meliá y Sancinetti, 2005, pp. 279-282.

Como afirma MIR PUIG, en *ob. ult. cit.*, p. 348, el citado planteamiento es también el más adecuado para resolver el problema del comienzo de la tentativa en nuestro Derecho. El art. 16.1 CP contiene una definición muy próxima a la alemana: “Hay tentativa cuando el culpable *da principio* a la ejecución del delito *directamente* por hechos exteriores”. La diferencia es que no expresa la necesidad de tomar en consideración el plan del autor, pero esta necesidad parece evidente. El adverbio “directamente” puede interpretarse como exigencia de conexión directa entre el acto de que se trate y la realización típica, de suerte que aquél aparezca como parte de éste. Y esta exigencia de conexión directa puede precisarse en el sentido de la teoría de la inmediatez temporal, como necesidad de que *no falte ninguna fase intermedia* entre el acto de que se trate y la estricta realización de la conducta típica (cuando ésta se ejecute con un solo acto) o de algunos de los actos que la integran (cuando la conducta típica suponga varios actos).

<sup>1075</sup> En este sentido se pronuncia la mayoría de la doctrina española. Por todos, MILANS DEL BOSCH, *Delitos sobre el patrimonio histórico, en Derecho Penal Administrativo (Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente)*, 1997, p. 221; y GÓMEZ TOMILLO, *Urbanismo, función pública y Derecho Penal*, cit., p. 224.

expuso. Asimismo, y respecto a las dos conductas de los arts. 320.2 y 329.2 del CP, tampoco podría estimarse este tipo de tentativa acabada puesto que cuando el funcionario concede la licencia ilegal *per se* o vota a favor de la ilegalidad está realizando los actos ejecutivos necesarios de consumación. Es decir, la realización por el funcionario de todos los actos recogidos en el apartado 2 de los tipos penales objeto de la Tesis supone *per se* la ejecución completa de los mismos, ya que en ellos no se recoge como elemento típico resultado de ningún tipo. Por tanto, la tentativa se habría equiparado en la consumación misma por parte del legislador.

La apreciación de la tentativa inacabada en los delitos que se analizan plantea mayor discusión doctrinal ya que desde el punto de vista teórico es admitida al menos respecto a la conducta “informante favorable”<sup>1076</sup>. Piénsese, por ejemplo, en el informe favorable de la concesión de una licencia ilegal emitido por funcionario público que está pendiente de su firma. Aquí sí que se podría hablar por parte del funcionario “de haberse practicado parte de los actos (que objetivamente deberían producir el *resultado*)” (art. 16.1 CP) de la conducta típica de los arts. 320.1, 322.1 y 329.1 CP, aunque tales actos nunca podrían *objetivamente producir el resultado*, salvo que por éste se entienda la necesidad de la posterior concesión de la licencia ilegal, posición contraria a la que se mantiene en este trabajo. Y no puede haber la producción de dicho resultado simplemente porque estos tipos penales se han configurado sin ninguna exigencia -ni siquiera hipotética- en cuanto al mismo. Por ello es muy difícil que pudiera admitirse este tipo de tentativa inacabada y mucho menos castigarse penalmente -ese informe a favor de la licencia ilegal pero pendiente de ser firmado- dada la falta de contenido de injusto y de merecimiento de pena. Se puede decir que -utilizando una expresión de OCTAVIO DE TOLEDO<sup>1077</sup>- estaríamos quizás ante la tentativa de la tentativa, la cual no debería ser asumible.

Respecto a la tentativa inacabada en los arts. 320.2, 322.2 y 329.2 CP me resultaría incluso difícil imaginar algún ejemplo desde las posiciones que se mantienen en este trabajo. En efecto, un funcionario público no puede “por sí mismo” otorgar una licencia ilegal sin realizar completamente la conducta típica: si no practica todos

---

<sup>1076</sup> Por todos, GÓRRIZ ROYO, *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., p. 307; y GUIASOLA LERMA, *Delitos contra el Patrimonio Cultural. Arts. 321-324 del CP*, cit., p. 579.

<sup>1077</sup> OCTAVIO DE TOLEDO, *Un ejemplo de norma jeroglífica: el art. 329 del CP. Algunas cuestiones (y ciertas respuestas) sobre consumación, tentativa, autoría, participación y penas referidas al art. 329 del CP (y figuras afines)*, RP Aranzadi, 2000, nº. 3, p. 24.

los actos típicos no puede *per se* otorgar la licencia; y viceversa, si practica sólo parcialmente la conducta típica (por ejemplo dejando pendiente la firma de la licencia ilegal) la autorización está sin concederse, siendo atípica.

De la misma forma sucede con el voto a favor de la concesión dolosa de licencia ilegal dentro de un órgano colegiado: o se vota en sentido afirmativo, en cuyo caso la conducta típica quedaría completamente cumplimentada y consumada, o se deja de votar o se hace en contra, en cuyo caso la atipicidad será clara. No caben actos parciales e incompletos en cuanto al voto a favor, salvo que se haga depender al mismo del resultado del escrutinio, posición contraria a lo que se viene manteniendo en este trabajo. Por todo ello, podría afirmarse que tampoco es posible el tipo de tentativa inacabada en estos delitos funcionariales específicos.

Se puede concluir diciendo que, a los efectos de poderse admitir algún tipo de tentativa -tanto acabada como inacabada- en estos delitos, hubiera sido mucho más adecuado configurarlos como de peligro hipotético, en donde aparte de la realización de la conducta se exigiese también como elemento típico un “algo más” o resultado potencial consistente en la posibilidad de poder perjudicarse los bienes jurídicamente protegidos en estos delitos. Esta deficiencia hace enormemente dificultoso determinar la posibilidad de la forma de tentativa en dichos delitos, precisamente porque esta forma imperfecta de ejecución parte del punto referencial de la “objetivación de la producción de un resultado”, según estipula el art. 16.1 del CP

## **§. 8 Las consecuencias jurídicas estipuladas en los arts. 320, 322 y 329 del CP**

### **I. Consideraciones generales.**

El sistema de penas previsto por el legislador para los delitos contra la ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente resulta un tanto incoherente y desacertado. Se constata en él un gran desajuste valorativo y una falta de criterios adecuados que expresen la debida proporcionalidad que ha de tener la norma

penal en relación con la conducta realizada y los bienes que se hallan en juego. Así, por ejemplo, no se llega a entender el hecho de que en los tipos básicos de los arts. 319.1 y 2, 321 y 325.1 CP se fijan tres penas diferentes con carácter cumulativo (inhabilitación especial-multa-prisión) mientras que en los delitos funcionariales estudiados sólo se fijan dos penas cumulativas (inhabilitación especial-prisión o multa).

Igualmente respecto a la penalidad de estos arts. 320, 322 y 329 CP llaman la atención cuatro diferentes aspectos. En primer lugar, mientras que las penas de prisión de los delitos funcionariales relativos a la ordenación del territorio -art. 320 CP- y al patrimonio histórico -art. 322 CP- son similares (seis meses a dos años)<sup>1078</sup>, en el delito del art. 329 CP la prisión es superior (seis meses a tres años) aunque no así la multa (que se rebaja en su mínimo de ocho a veinticuatro meses, frente a la multa de doce a veinticuatro meses en los arts. 320 y 322 CP). En segundo lugar es significativo que, en estos delitos, conductas que son significativamente desiguales (emitir informes, dictar resoluciones o votar a favor<sup>1079</sup>), se equiparan entre sí al establecerse igual tipo de castigo para los mismos comportamientos. En tercer lugar, llama también la atención que ciertas conductas -v.gr. informar a favor (la concesión de licencia ilegales) o silenciar ilegalidades por parte del funcionario (con motivo de sus inspecciones)- sean sancionadas con la pena de la prevaricación administrativa a pesar de que las mismas no son tales al no conllevar la preceptiva *resolución* esos comportamientos. Por último, no se puede dejar de reseñar que las penas, al menos de prisión, establecidas para las autoridades y los funcionarios públicos en los arts. 320, 322 y 329 CP son inferiores a las establecidas para el particular en los arts. 319.1<sup>1080</sup>, 321 y 325 del CP cuando debería ser lo contrario, entre otras cosas porque aquéllos constituyen delitos pluriofensivos.

Estos importantes defectos de técnica legislativa nos lleva también a reflexionar sobre otra serie de aspectos. En primer lugar, podría plantearse la posibilidad de

---

<sup>1078</sup> Esto posiblemente debido a que en un principio ambos tipos de delitos estaban fusionados dentro del Capítulo relativo a la ordenación del territorio.

<sup>1079</sup> Como acertadamente indica VIRTO LARRUSCAIN, en *El delito de prevaricación del funcionario público*, en *Delitos contra la Administración Pública*, Asúa Batarrita (editora), IVAP, 1997, p. 130, en estos comportamientos no son iguales ni por la clase de acto administrativo que representan, ni por su capacidad de afectación al bien jurídico de la prevaricación, ni por las competencias del funcionario que las emite; en sentido similar, GÓMEZ TOMILLO, *Urbanismo, función pública y Derecho Penal*, cit., 2000, p. 235.

<sup>1080</sup> Sorprendentemente en el art. 319.2 CP se fija la pena de prisión inferior a la del art. 319.1 CP de seis meses a dos años (en vez de seis meses a tres años) aunque se mantiene el carácter cumulativo con las penas de multa e inhabilitación especial para profesión u oficio.

haberse fijado una jerarquía entre los bienes “ordenación del territorio”, “patrimonio histórico” y “medio ambiente” a los efectos de establecerse los correspondientes castigos a los funcionarios públicos que con su acción peligrosa incurrieren en los arts. 320, 322 y 329 CP. En este sentido, el legislador parece haber dado mayor relevancia al bien jurídico del “medio ambiente” respecto a los otros dos bienes (ordenación del territorio y patrimonio histórico) en tanto que aquél es castigado con mayor gravedad respecto a éstos<sup>1081</sup>. Por el contrario, autores como ACALE SÁNCHEZ<sup>1082</sup>, entienden que el art. 322 CP debería prever penas superiores a las del delito del art. 320 CP ya que el patrimonio histórico no es recuperable y hay mayor injusto.

Posiblemente desde la perspectiva de este trabajo lo más acertado sería no determinar un orden o grado de categoría diferente entre tales bienes ya que los tres están íntimamente vinculados entre sí.

Por otra parte la referencia que parece haber tomado el legislador a la hora de establecer las penas de los artículos que se analizan ha debido ser la de los tipos básicos, reduciéndolas significativamente lo cual ha supuesto un favorecimiento o ventaja en favor de la autoridad o del funcionario público difícilmente admisible. No debe ser una casualidad el hecho de que entre los arts. 319.1 y 2, 321 y 325.1 del CP, sea éste último (delito ecológico) el que establezca mayor pena, al igual que acontece entre los tipos funcionariales referidos. En efecto, es el art. 329 CP (delito *ecológico funcional*) el que contiene mayor castigo (inhabilitación especial de 7 a 10 años del art. 404 CP y prisión de 6 meses a 3 años o multa de 8 a 24 meses) si lo comparemos con los arts. 320 y 322 CP (para los que la consecuencia jurídica es la misma: inhabilitación del art. 404 y prisión de prisión de 6 meses a 2 años o multa de 12 a 24 meses)<sup>1083</sup>.

---

<sup>1081</sup> En este sentido, GÓMEZ RIVERO, *Algunos aspectos de la responsabilidad de los Funcionarios en materia ambiental*, LL, 1996-4, p. 1243.

<sup>1082</sup> ACALE SÁNCHEZ, *Los Delitos urbanísticos*, cit., p. 350.

<sup>1083</sup> Precisamente FALCON CARO considera, en *Responsabilidad penal del Funcionario. Art. 329 del CP*, CPC n°. 66, año 1998, p. 685, que la mayor respuesta punitiva del art. 329 CP respecto a los arts. 320 y 322 obedece a una proporcional determinación de la pena, teniendo en cuenta que también el art. 325 (que se podría considerar como delito ambiental básico) estipula mayor pena que los arts. 319 y 321 CP; por lo tanto la pena del art. 329 sería la consecuencia lógica del criterio valorativo instituido por el legislador.

Advertidas todas estas cuestiones parece conveniente sin más dilaciones analizar individualizadamente el significado de cada una de las penas establecidas en cada uno de los delitos estudiados.

## **II. La problemática de la “inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años” (art. 404 del CP) como primera de las penas establecidas en los arts. 320, 322 y 329 del CP.**

Los delitos objeto de estudio establecen como primera de las penas inexcusables que ha de imponerse a la autoridad o funcionario público la establecida en el art. 404 CP, es decir, la de la prevaricación común, que no es otra que la “*inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años*”<sup>1084</sup>. Esta pena tiene la máxima cualificación en virtud de su naturaleza y duración, según lo dispuesto en el art. 33.2 c) CP, al ser considerada como “pena grave”.

Según me pronuncié al referirme al tipo objetivo, esta alusión a la prevaricación administrativa no supone prejuzgar la naturaleza de los arts. 320, 322 ó 329 CP, sino que simplemente viene a determinar una pena, que por otra parte es característica y esencial en los delitos funcionariales. Por tanto, hay que anotar que habría sido más acertado que el legislador, directamente, hubiera asignado la pena de inhabilitación especial que considerase adecuada y proporcional a la entidad del hecho injusto, tal y como se hacía en alguno de los anteproyectos o proyectos del Código penal (concretamente Proyecto de 1980 ó Anteproyecto de 1992).

La pena de “inhabilitación especial para empleo o cargo público” produce, según establece el art. 42 CP<sup>1085</sup>, los efectos de: 1) la privación definitiva del empleo o car-

---

<sup>1084</sup> Contrariamente a lo que acontecía en el art. 358 del CP de 1973, donde la pena era simplemente la genérica de “inhabilitación especial” (carácter ilimitado), el Código actual es mucho más restrictivo limitándose tan sólo “al empleo o cargo público”.

<sup>1085</sup> Art. 42 CP. “La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, **aunque sea electivo**, y de los honores que le sean anejos. Produce, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena.

En la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación”.

Es indudable que se ha mejorado la redacción de este art. 42 del NCP, que determina la inhabilitación especial, respecto a la del art. 36 del ACP de 1973 al añadirse el carácter de “definitiva” a la



go sobre el que recayere, aunque sea electivo, y de los honores que le sean anejos, y 2) la incapacidad para obtener el mismo *u otros análogos*, durante el tiempo de la condena.

La inhabilitación especial (para empleo o cargo público) será también extensible -además de a los funcionarios públicos- a las autoridades nombradas por elección, máxime con motivo de la modificación del citado art. 42 CP a través de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que los incluyó expresamente, siendo preceptivo y obligatorio que en la sentencia que condenare a la autoridad o funcionario público, por cualquiera de los delitos de los artículos reseñados, se especifique expresamente los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación especial. Como señala BOLDAVA PASAMAR<sup>1086</sup> este requisito es perfectamente lógico y se debe a que, a diferencia de la inhabilitación absoluta, en la que se priva de “todo” cargo público y se incapacita para ello, en la inhabilitación especial se priva de “un” cargo (y de los honores anejos) y se incapacita para obtener el mismo cargo *o cargos análogos*, ya que ello constituye una exigencia derivada del carácter especial y, por tanto, limitado de esta inhabilitación. La exigencia actual de la “especificación” en la sentencia (art. 42 *in fine* CP) se refiere en todo caso al honor, empleo o cargo que el sujeto-funcionario ostentaba en el momento de cometer el delito y del que se sirvió para ello. Pero los honores, empleos o cargos *análogos* de los que se verá impedido de obtener el penado durante el tiempo de la condena “han de deducirse -según alega la STS de 10-7-1995<sup>1087</sup>- previa interpretación de la actividad desarrollada y del fin perseguido por la misma”. Por tanto, la sentencia condenatoria para el funcionario deberá determinar algún criterio que permita realizar la indicada analogía, pues esta debe quedar en manos del Juez, y no de cualquier otro funcionario público<sup>1088</sup>.

La pena de inhabilitación especial se aplicará no sólo a los funcionarios públicos (entre los que se incluyen las autoridades) que conceden las licencias ilegales o a los que votan en ese sentido (dentro de los órganos colegidos), sino también a los que

---

privación del empleo, cargo y honores anejos. Igualmente se ha incluido una adecuada referencia a la incapacidad para obtener “el mismo” empleo o cargo del que ha sido privado, cuando en el anterior código se hacía referencia sólo a “otros análogos”.

<sup>1086</sup> BOLDAVA PASAMAR, *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del delito*, coord. Gracia Martín, Valencia 2006, p. 129.

<sup>1087</sup> EDJ 1995/3472.

<sup>1088</sup> BOLDAVA PASAMAR, *ob. ult. cit.*, p. 130.

emiten los informes favorables a favor de la licencia ilegal, lo que pone en entredicho el principio de proporcionalidad. En efecto, si comprobamos que “dictar una resolución arbitraria a sabiendas”, en base a la prevaricación del art. 404 CP, está castigado *sólo* con una pena (inhabilitación especial de siete a diez años), no es admisible que lo que todavía no es resolución sino algo previo, como es el informe favorable, se penalice con dos penas (la inhabilitación especial y otra alternativa, menos grave, de prisión o de multa). La circunstancia de que los delitos analizados sean pluriofensivos no parece razón suficiente como para sancionar doblemente estas conductas informantes (a favor).

En esta dirección crítica, autores como MATELLANES RODRÍGUEZ<sup>1089</sup> denuncian el “ansia punitiva” que revela el art. 329 CP (y por extensión los art. 320 y 322 respecto a las conductas informantes) al castigar con la pena del art. 404 CP conductas que nada tienen que ver con la prevaricación, como son la emisión de informes a favor o el silenciamento de infracciones legales con motivo de sus inspecciones. Respecto a los primeros entiende inaceptable que se castigue de igual manera los “informes a favor” de la “concesión de la licencia” -per se- o del voto a favor de su concesión en los órganos colegiados -indiferentemente de que la licencia se otorgue o no-. Entiende que la pena para estos comportamientos es bastante más elevada que la que merece el desvalor ínsito de la conducta, debiendo haber quedado al margen de este tipo penal (art. 329.1 CP) todos los informes a favor no seguidos de la concesión de la licencia ilegal<sup>1090</sup>. Respecto a los “silenciamientos” de art. 329.1 CP la citada autora<sup>1091</sup> considera que es completamente inadecuado el reenvío a la pena de la prevaricación común, afirmando que una posible ayuda para evitar esta insostenible equiparación podría haber consistido en tipificar separadamente este comportamiento de los demás estipulados en tal art. 329 CP.

En cualquier caso dicha inhabilitación especial no obsta para que las autoridades y los funcionarios puedan respectivamente volver a presentarse como elegibles (en caso de concejales, alcaldes etc.) o a volver a opositar una vez concluido el tiempo de condena.

---

<sup>1089</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, *Medio Ambiente y Funcionarios Públicos (Análisis del tipo objetivo del art. 329 CP)*, cit., pp. 394-397 y 408-409.

<sup>1090</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, *ob. ult. cit.*, p. 395.

<sup>1091</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, *ob. ult. cit.*, p. 408.

### III. Las diferentes penas de prisión establecidas en los arts. 320, 322 y 329 del CP (con carácter alternativo a la pena de multa).

Como segunda pena cumulativa de los delitos que se estudian aparecen dos penas alternativas (prisión o multa) que por su extensión han de considerarse como “menos graves” según la clasificación del art. 33.3 CP. Este sistema es diametralmente opuesto a lo que acontece en los tipos básicos (art. 319.1 y 2, 321 y 325.1 CP), donde las penas recogidas se acumulan conjuntamente (inhabilitación especial, prisión y multa).

Pese a su carácter alternativo -que indudablemente ha de considerarse como inexplicable dada la benevolencia que supone respecto a los delitos básicos *ambientales* antes citados- considero que es conveniente analizar por separado la problemática que plantea cada una de estas penas. A tal fin empezaré por la primera de ellas, que es la prisión de seis meses a dos o tres años, según se trate de los arts. 320-322 ó del art. 329 CP. Es decir, lo primero que se observa es una clara falta de uniformidad en la penalidad de la prisión de estos delitos.

Se ha venido manteniendo por algún sector doctrinal<sup>1092</sup> que en la medida en que la sanción fuese la prisión, por pura consideración de proporcionalidad, se requeriría que la conducta así sancionada tuviera una significativa repercusión respecto a la afectación o lesividad individual, reservándose otro tipo de sanciones (como p. ej. privación de derechos, pecuniarias etc.) para los casos en que no hubiere esa afectación personal o cuando estuvieren en juego intereses difusos. Sin embargo, considero que esto no tiene por qué ser así puesto que la eficacia de la pena privativa de libertad como instrumento de lucha contra la criminalidad de “cuello blanco” ha sido también destacada en la medida en que despliega un efecto preventivo general mucho más elevado que para el delincuente común, a la vez que no suele comportar los efectos desocializadores que la prisión produce en éstos<sup>1093</sup>. Es por esto que, en principio, ha de entenderse justificada y necesaria la pena de prisión introducida en estos artículos funcionariales específicos.

---

<sup>1092</sup> Por todos, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª. ed. 2001, pp. 161-162.

<sup>1093</sup> En este sentido, POZUELO PÉREZ, *Notas sobre la denominada expansión del Derecho Penal: Un análisis al hilo de los delitos contra la ordenación del territorio*, en RDyPP, año 2003.1 nº. 9, ed. Thomson & Aranzadi, p. 31; y ACALE SÁNCHEZ, *Delitos Urbanísticos*, cit., 1997, p. 322.

Sin embargo, lo que es bastante desafortunado es la corta duración que se da a esta pena privativa de libertad en los arts. 320, 322 y 329 CP. En este sentido, BLANCO LOZANO<sup>1094</sup>, al observar que las penas de prisión en estos delitos funcionariales son alternativas a la multa e inferiores a las previstas para las conductas del particular en los tipos básicos (atenuación punitiva a favor del funcionario público), considera que se produce una vulneración al principio de justicia material de difícil acomodo de constitucionalidad ya que el comportamiento más grave se sanciona con menos pena. En efecto, el hecho de que el Derecho Penal exija menos al funcionario público que al resto de los ciudadanos, en conductas con un alto índice de gravedad, es algo incomprensible máxime cuando precisamente la Constitución le exige más a aquél a tenor del cargo público que ocupa y el deber de vigilancia que le incumbe. Este privilegio punitivo en favor del servidor público -sigue afirmando BLANCO LOZANO- es injustificable y vulnera el art. 14 de la C.E., que es garante de la igualdad de todos los españoles ante la ley no pudiendo haber discriminación por razón de cualquier condición personal o social<sup>1095</sup>.

Asimismo el diferente límite máximo de prisión que se establece entre los delitos de los artículos 320 y 322 CP, por un lado, y el 329 CP, por otro, no se llega a comprender suficientemente. No es admisible que al funcionario público que incurriere en aquellos delitos relativos a la ordenación del territorio y patrimonio histórico, y se le imponga los dos años de prisión (límite máximo), se le permita poder acogerse a los beneficios de la remisión condicional según decisión judicial (art. 80 a 87 CP), y consiguientemente pueda suspender la ejecución de su condena privativa de libertad, mientras que al funcionario autor del delito del art. 329 CP condenado a los tres años de prisión (límite máximo), no le sea posible esa suspensión ya que ese beneficio sólo puede otorgarlo el juez hasta penas de prisión de dos años. En mi opinión hubiera sido más acertado no sólo elevar los seis meses de límite mínimo de la prisión establecida en estos tres delitos, sino que también habría sido necesario unificar su límite máximo en el mismo tiempo de duración (y que probablemente debería ser, al menos, de tres años de prisión, que es la establecida en los arts. 329, 319.1 y 321 CP)<sup>1096</sup>.

---

<sup>1094</sup> BLANCO LOZANO, *El Delito urbanístico*, cit., 2001, pp. 176-177.

<sup>1095</sup> BLANCO LOZANO, *ob. ult. cit.*, p. 177.

<sup>1096</sup> En sentido contrario, DE LA MATA BARRANCO considera, en *Art. 320.1: prevaricación específica en el caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a*

Cabría preguntarse la causa de la desigual punición -en cuanto a la pena de prisión a la que me estoy refiriendo- entre los arts. 320 y 322 CP por un lado, y el 329 CP, por otro. Posiblemente la similar pena de prisión de aquéllos habrá que buscarla en la forma en que fueron elaborados. En efecto, en el Proyecto de Ley discutido en el Congreso esos tipos penales estaban recogidos en uno solo dentro del Capítulo I del Título XIII, relativo a la ordenación del territorio. Sólo a raíz del desdoble -en el Senado- de ese capítulo I en dos diferentes (relativos a la ordenación del territorio y el patrimonio histórico) es cuando se crea el nuevo art. 322 del CP y aparecen estos dos delitos funcionariales distintos (arts. 320 y 322 CP) con similar estructura y en donde se mantuvo idéntica penalidad. Respecto a la mayor pena establecida en el art. 329 CP podría pensarse que el legislador ha estimado de mayor relevancia o con un mayor desvalor de la conducta el llamado “medio ambiente”<sup>1097</sup>. Sin embargo, si eso fuera así, sería rechazable ya que una presumible desigualdad material entre los bienes jurídicos “ordenación del territorio” y “patrimonio histórico” con respecto al bien “medio ambiente” es difícilmente sostenible<sup>1098</sup>.

#### **IV. Las distintas penas de multa establecidas en los arts. 320, 322 y 329 del CP (como alternativa a la pena de prisión).**

La pena de multa sólo será aplicable aquí en caso de que el juzgador no considerase conveniente la imposición de la pena de prisión, teniendo en cuenta su carácter alternativo a través de la conjunción “o”. Así pues, se deja al libre arbitrio del juzgador la imposición de la pena de prisión o de la multa, considerando las circuns-

---

*las normas urbanísticas*, en Delitos contra el Urbanismo y la Ordenación del Territorio, IVAP, 1998, p. 172, que en absoluto el art. 320 CP estipula una pena menos grave que la que contempla el art. 319 CP ya que aquél prevé una pena considerada como grave (de inhabilitación especial para empleo o cargo público del art. 404 del CP) que no tienen ni la prisión ni la multa, acumulativas, previstas en el art. 319 CP.

<sup>1097</sup> En este sentido, GÓMEZ RIVERO, *Algunos aspectos de la responsabilidad de los Funcionarios en materia ambiental*, LL, 1996-4, p. 1243.

<sup>1098</sup> Igualmente GÓRRIZ ROYO, en *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., p. 357, considera que plantearse cuestiones valorativas acerca de la desigual entidad material de los bienes jurídicos colectivos que adicionalmente se tutelan en estos preceptos (arts. 320, 322 y 329 CP), y que les dotan de la aludida especificidad, no es objetivamente admisible.

tancias y naturaleza del caso concreto. En este sentido, y para evitar cierta discrecionalidad, hubiera sido más conveniente que la multa se hubiera acumulado a las penas de inhabilitación especial y prisión al estilo realizado en los tipos básicos (arts. 319.1 y 2, 321 y 325.1 del CP).

En esta sanción se actúa de forma contraria a como se hizo antes. Así tenemos que en el art. 329 CP se establece una pena de prisión superior a la de los arts. 320 y 322 del CP, mientras que en la pena de multa sucede lo contrario ya que en estos últimos preceptos el límite mínimo es de doce meses, y en el art. 329 CP ese mínimo es de tan sólo ocho meses. Es decir, mientras que el “funcionario ambiental” sale perjudicado respecto a la pena de prisión, por el contrario se beneficia respecto a la pena de multa aplicable al funcionario competente en materias de ordenación territorial o patrimonio histórico. Esta incoherencia del legislador ha sido fuertemente cuestionada especialmente ante el hecho de hallarnos ante una pena alternativa.

Efectivamente, no es admisible que ante una misma pena de seis meses de prisión de los arts. 320, 322 y 329 (en caso de imponerse en su límite mínimo) la respuesta alternativa de la multa (también en su límite mínimo) sea diferente entre ellos: mientras que los arts. 320, 322 CP sería de doce meses, en el art. 329 CP, sería sólo de ocho. Por eso GÓMEZ TOMILLO<sup>1099</sup> considera que esta falta de equiparación entre estos delitos funcionariales puede atentar al principio constitucional de proporcionalidad, entendido aquí como igualdad penal. Una interpretación constitucional impone la necesidad de no poder superar en el caso de los arts. 320 y 322 CP el límite establecido en el art. 329 CP, ya que no es admisible que el reo sufra las consecuencias de los errores del legislador. Por tanto, según este autor, la pena mínima alternativa de multa de los arts. 320 y 322 CP deberá ser de ocho meses y no de doce meses. Pese al importante error del legislador de prever diferentes penas alternativas de multa a una pena de prisión común, esta posición de GÓMEZ TOMILLO parece difícilmente asumible por parte de los tribunales a la hora de juzgar puesto que, en virtud del art. 50.5 CP<sup>1100</sup> y del principio de legalidad penal, es dudoso que se pudiese imponer una pena por debajo de la taxativamente especificada para el tipo penal correspondiente.

---

<sup>1099</sup> GÓMEZ TOMILLO, *Urbanismo, función pública y Derecho Penal*, cit., 2000, pp. 233-235.

<sup>1100</sup> Según el art. 50 “Los Jueces y Tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del capítulo II de este Título”.

La extensión de las multas entre el mínimo y el máximo es amplísima. Así en los arts. 320 y 322 CP van desde los 12 meses (360 días) hasta los 24 meses (720 días) lo cual, teniendo en cuenta que la cuota diaria es de 2 € a 400 € (arts. 50.4 CP), supone que la sanción pecuniaria mínima será 720 € mientras que la máxima será 288.000 €. Por su parte el *minimum* del art. 329 será de tan sólo 480 € (240 días por 2 €/día).

La determinación de esta pena por el juzgador habrá de realizarse a través de dos actos distintos. En primer lugar habrá de fijarse el número de cuotas a imponer, lo que estará en función de la gravedad tanto del hecho injusto como de la culpabilidad del autor, considerando los grados de participación y de ejecución del delito, las circunstancias atenuantes y agravantes, las reglas concursales etc. Y en segundo lugar se establecerá la cuantía de la cuota teniendo en cuenta la capacidad económica del penado<sup>1101</sup>.

Algún autor<sup>1102</sup> ha planteado la conveniencia de sustituir este tipo de días-multa por el sistema de multa proporcional (art. 52.1 CP), especialmente en los casos en que hubiera una connivencia del funcionario con el particular que ejecuta la obra ilegalmente autorizada (constructor, promotor, técnico etc.), en tanto que la multa máxima que se impondría, por el sistema vigente, sería una minucia comparada con los beneficios que obtendría a través de estas infracciones. Considero que esta propuesta tiene realmente interés y es especialmente acertada en relación con los delitos básicos (arts. 319.1 y 2, 321 y 325.1 CP) donde la pena de multa es de carácter acumulativo a las otras sanciones, pero no tanto respecto a estos delitos funcionariales estudiados en donde se trata de una pena opcional a la prisión. Además en casos de que concurriese connivencia entre particular-funcionario público, el beneficio económico que obtendría éste último por la ilegalidad cometida sería normalmente inferior a la del particular (promotor, constructor, técnico-director) y, por tanto, la previsible proporcionalidad de la multa a establecerse según la rentabilidad lograda no sería tan eficiente, sino que posiblemente sería equiparable a los parámetros fijados para el sistema de días-multa introducido en la norma penal vigente.

---

<sup>1101</sup> Vid. GRACIA MARTÍN, *La pena de multa*, en Tratado de las Consecuencias Jurídicas del delito de Gracia Martín/Boldova Pasamar/Alastuey Dobón, coord. Gracia Martín, 2006, p. 180.

<sup>1102</sup> Por todos, POZUELO PÉREZ, *Notas sobre la denominada expansión del Derecho Penal: Un análisis al hilo de los delitos contra la ordenación del territorio*, en RDyPP, año 2003.1 nº. 9, p. 31.

## V. La similitud penológica en los apartados uno y dos de los tipos penales estudiados.

Como se ha podido comprobar, las tres conductas establecidas en cada uno de los arts. 320 y 322 CP están sancionadas con las mismas penas. Por su parte, las penas insertadas en el art. 329 CP para dichos comportamientos son también las mismas, aunque en este último caso existen ciertas diferencias respecto de las establecidas en aquéllos delitos. Se puede afirmar que, a nivel punitivo, para el legislador, “informar a favor”, “conceder la licencia ilegal”, “votar a favor de ésta” o “silenciar infracciones ambientales” tienen un contenido de injusto similar y equiparable, lo cual ha sido fuertemente criticado por la doctrina. En este sentido, como afirman RODRÍGUEZ PUERTA/VILLACAMPA ESTIARTE<sup>1103</sup> en estos actos típicos del art. 320.2 CP se castiga de igual manera las conductas que suponen la real conculcación del bien jurídico (conceder licencia) de aquellas otras conductas que únicamente lo ponen en peligro (votar a favor). De esta forma el CP ha querido establecer un régimen reforzado de responsabilidad del funcionario, anticipando la consumación del delito al momento de la emisión del voto.

Habitualmente se ha venido manteniendo<sup>1104</sup> que la conducta del segundo apartado de cada uno de estos delitos funcionariales tendría que haber previsto unas penas más graves que las contempladas en su primer apartado. Sin embargo, en un principio, podría pensarse que esto no siempre tiene por qué ser así. En efecto, se podría decir que la conducta de informar favorablemente no siempre puede entenderse que esté mucho menos desvalorada que la de conceder la licencia, ya que si bien es cierto que esta última conducta produce los peores efectos, también es cierto que el funcio-

---

<sup>1103</sup> RODRÍGUEZ PUERTA/VILLACAMPA ESTIARTE, *La responsabilidad penal del funcionario público en materia urbanística*, en *Nuevo Derecho Penal español*, 2001, p. 1749.

<sup>1104</sup> Vid. MATELLANES RODRÍGUEZ, *Medio Ambiente y Funcionarios Públicos (Análisis del tipo objetivo del art. 329 CP)*, cit., 2000, p. 395; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Un ejemplo de norma jeroglífica: el art. 329 del CP. Algunas cuestiones (y ciertas respuestas) sobre consumación, tentativa, autoría, participación y penas referidas al art. 329 del CP (y figuras afines)*, RP Aranzadi, 2000, n.º. 3, p. 33; GÓMEZ TOMILLO, *Urbanismo, función pública y Derecho Penal*, cit., p. 38; GARCÍA PÉREZ, *Algunas reflexiones sobre la denominada prevaricación específica del artículo 320 CP*, en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, LH-Cerezo Mir, 2002, p. 1280; DE VICENTE MARTÍNEZ, *La responsabilidad penal de la Administración urbanística: el párr. 2.º del art. 320 del CP*, en *Delitos contra el Urbanismo y la Ordenación del Territorio*, IVAP, 1998, p. 192; y PRATS CANUT/MARQUÉS I BANQUÉ, *Comentarios al art. 329 del CP*, en *ComCP*, director Quintero Olivares, coord. Morales Prats, Aranzadi, 2001, p. 1606.



nario público que informa en sentido favorable tiene mucho mayores conocimientos y puede tener una capacidad de influencia decisiva sobre el que finalmente concede la licencia. Por tanto, podría pensarse que cuando la autoridad o el funcionario conceden dolosamente la licencia ilegal en virtud de lo exclusivamente alegado en el informe -favorable- previo y dolosamente injusto -debido a la falta de preparación en materia técnico jurídicas del otorgante de la licencia-, es incuestionable que el funcionario informante no tiene porque recibir una sanción más ventajosa que el que otorgó la licencia, pues su conducta supone una indudable gravedad afectando a dos bienes jurídicos distintos<sup>1105</sup>.

Ahora bien, debe resaltarse que el funcionario público, para que pueda delinquir, al conceder la licencia ilegal, ha de conocer y asumir plenamente el carácter arbitrario (y doloso) que conlleva su conducta autorizante. En mi opinión esto quiere decir que, indiferentemente de que se sea técnico o no en las materias ambientales, el funcionario que permite conscientemente esa ilegalidad ostenta un *plus* de gravedad respecto al funcionario que “simplemente” informa favorablemente, puesto que es el ejecutor de lo que dice el pertinente informe. Con esa licencia ilegal el particular sí que podrá dañar o poner en serio peligro los bienes protegidos en estos delitos cosa que no sucede con el simple informe favorable, por muy ilegal que sea. En consecuencia, considero que la conducta de otorgar la licencia ilegal debe estar más castigada que la de informar a favor.

Muy posiblemente cuando sí debería haberse previsto diferente pena es en los supuestos en los que el informe doloso en favor de la licencia ilegal no va seguido de la concesión misma de ésta, pues no es lo mismo que el informe a favor injusto suponga *per se* la concesión de la licencia a que el informe, pese a su injusticia e incorporación al tráfico jurídico, no tenga consecuencia efectiva alguna al no haber supuesto el otorgamiento de la autorización. Lo mismo acontece en el supuesto en que el funcionario vota a favor de la concesión de la licencia ilegal, donde el castigo debería haberse estipulado de manera distinta según el escrutinio final hubiera supuesto

---

<sup>1105</sup> En este sentido, BERNAL VALLS argumenta, en *Delitos contra la ordenación del territorio*, Curso impartido en la Fiscalía General del Estado sobre “Nuevas formas de delincuencia económica” del 30 de Septiembre a 2 de octubre de 1996, pp. 22 y 23, que es evidente que el informe favorable constituye un acto injusto por su peligrosidad, siendo por tanto justo que se le aplique la misma pena que al acto de conceder la licencia. .

la concesión misma de la licencia ilegal o por el contrario hubiera habido una mayoría contraria a esa concesión y, por tanto, se hubiera denegado<sup>1106</sup>.

## VI. Valoración final de las penas establecidas en los arts. 320, 322 y 329 del CP.

El sistema de penas previsto en los artículos analizados ha de entenderse como muy desacertado y negativo. Así lo ha entendido nuestra doctrina dominante<sup>1107</sup>.

Lo primero que hay que destacar es la benevolencia y lo excesivamente cortas de las penas de prisión o multa con que se castiga las conductas tipificadas en los arts. 320, 322 y 329 CP, teniendo en cuenta los importantes intereses que están en juego y el carácter pluriofensivo de estos delitos. Se puede decir que éstos no penalizan en proporción al contenido del injusto, y que la autoridad o funcionario público que cometen las conductas allí descritas deberían ser castigados con penas superiores a la de los sujetos activos de los tipos básicos puesto que se afectan dos bienes distintos<sup>1108</sup>. No puede olvidarse la circunstancia de que la ausencia de arbitrariedad y la

---

<sup>1106</sup> GÓMEZ TOMILLO ha propuesto, en *ob. ult. cit.*, p. 267, que el ordenamiento penal debería contemplar expresamente como delito la emisión de informes por parte de funcionarios públicos cuando éstos dolosamente vulneren el ordenamiento jurídico. Eso sí, esta construcción delictiva debería realizarse de forma general y no sectorial como acontece en la actualidad donde tan sólo se contempla en el Título XVI del Libro I del CP.

<sup>1107</sup> Entre otros, BLANCO LOZANO, *El delito urbanístico*, cit., 2001, p. 176; GÓRRIZ ROYO, *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., 2004, p. 356; GARCÍA PÉREZ, *Algunas reflexiones sobre la denominada prevaricación específica del art. 320 CP*, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, LH-Cerezo Mir, 2002, p. 1280; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Alcance y límites a la cláusula agravatoria de la responsabilidad de los funcionarios en materia urbanística*, CPC nº. 65, 1998, p. 446; y GÓMEZ RIVERO, *Algunos aspectos de la responsabilidad de los Funcionarios en materia ambiental*, LL 1996-4, p. 1242-1243.

<sup>1108</sup> El Proyecto de Ley Orgánica de 15-1-2007 por la que se modifica el CP sigue aumentando la incoherencia punitiva de los llamados *delitos ambientales*. Así el art. 319.1 CP fija como penas cumulativas la de prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial. Por su parte, el art. 319.2 CP reduce la prisión, en relación al apartado anterior, comprendiéndola de uno a dos años. El art. 320 CP fija como pena de prisión el periodo de uno a tres años (alternativamente a la de multa) además de la del art. 404 CP. Por último el art. 325 CP fija como penas cumulativas la de prisión de dos a cinco años, multa (de ocho a veinticuatro meses) e inhabilitación especial para profesión u oficio. Sin embargo el art. 329 no tiene proyectado su modificación al igual que los arts. 321 y 322. De esta forma el funcionario medio ambiental, en sentido estricto, ve incrementado su privilegio punitivo cuando se le aplique el art. 329 respecto al particular que se le condenase por el art. 325 CP. Exactamente lo mismo acontece en el Anteproyecto de LO 10/1995, de 23 de nov., por la que se modifica el CP, de 14-11-2008.

correcta actuación de los poderes públicos -y por lo tanto de las autoridades y funcionarios- haría difícilísimo que el particular dañara nuestro entorno natural ya que precisamente éste se aprovecha de la injusta y dolosa actuación de aquéllos.

Lo que no se entiende muy bien es que habiendo habido importantísimas modificaciones de la LO 10/95 del CP durante todos estos años (especialmente la 15/2003, de 25 de noviembre, que afectó a unos 179 artículos) no se hayan corregido los defectos punitivos observados. Es más, incluso aunque el legislador no hubiera considerado conveniente clarificar las conductas y elementos típicos de los arts. 320, 322 y 329 CP<sup>1109</sup>, solventándose muchas de las dudas que se señalan en esta investigación, lo que sí, al menos, debería haber hecho es corregir la falta de coherencia existente en las penas impuestas en estos delitos funcionariales. Por el contrario, el legislador -con absoluta falta de sistemática y fuera de contexto- se limitó a incorporar un nuevo delito doloso lesivo (el art. 325.2 CP<sup>1110</sup>) relativo a la liberación, emisión o introducción de radiaciones ionizantes u otras sustancias castigado con prisión de dos a cuatro años. A su vez, sorprendentemente -en esta modificación del CP- el único delito en el que la pena se vería alterada sería el art. 328 CP<sup>1111</sup>, olvidándose voluntariamente de cualquier enmienda de las penas señaladas en los arts. 320, 322 y 329 CP. De esta forma el legislador viene a constatar que no ha querido crear ningún tipo de recelo o enfrentamiento respecto a lo que es el funcionariado, manteniendo su situación de privilegio al menos por lo que se refiere a estos tipos delictivos. .

Por último, conviene no olvidar que, pese a las suaves penas de prisión o multa que se recogen en estos delitos funcionariales específicos, la proporcionalidad y congruencia de la respuesta penal deben acompañarse al caso concreto y a sus singularidades, de manera que pueda ser comprendida y valorada por la sociedad a la que

---

<sup>1109</sup> En este sentido MUÑOZ LLORENTE lamenta, en *Juicio crítico sobre las reformas penales en materia medioambiental introducidas por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del CP*, en Revista de Derecho Penal, procesal y penitenciario, La Ley Penal, nº. 6, año 1, Junio 2004, pp. 30-31, la ocasión perdida, después de ocho años de vigencia del NCP, para dar un poco más de cohesión al Capítulo III del Título XVI del CP. Específicamente respecto al art. 329 CP entiende que meras reformas técnicas pero necesarias hubieran sido suficientes para aclarar cuestiones nada baladíes tales como si el funcionario puede ser castigado por el art. 325.1 CP, la actuación imprudente del funcionario, la abstención en la votación etc.

<sup>1110</sup> Éste vuelve a desaparecer del art. 325 en el Proyecto de Ley Orgánica de 15-1-2007 por el que se modifica el CP y en el Anteproyecto de LO 10/1995, de 23 de nov., por el que se modifica el CP, de 14-11-2008.

<sup>1111</sup> La pena inicial de multa de 18 a 24 meses y arresto de 18 a 24 fines de semana, queda modificada por la de prisión de 5 a 7 meses y multa de 10 a 14 meses. Obsérvese el carácter acumulativo de estas penas que ni siquiera se ha llegado a introducir en los arts. 320, 322 y 329 CP con motivo de las reformas que ha ido habiendo de la Ley Orgánica del Código Penal.

se dirige. Por eso no estaría de más que los Tribunales hicieran uso de todos los mecanismos que recoge el CP y que si observaren en un determinado supuesto que la pena de prisión es excesivamente benévola para el funcionario condenado, con posibilidad incluso de suspenderse su ejecución, pudieran sustituirla<sup>1112</sup> por la de trabajos en beneficios de la comunidad siempre y cuando concurriesen los requisitos del art. 88 CP y bajo las condiciones del art. 49 de dicho cuerpo punitivo. De esta forma el funcionario público (con su consentimiento) podría colaborar con la posible reparación de algo por lo que estaba obligado a velar y no lo hizo.

## **§. 9 La cuestión concursal en estas responsabilidades funcionariales específicas.**

### **I) Introducción a esta problemática concursal**

Uno de los últimos aspectos que ineludiblemente hay que tratar en nuestro objeto de estudio es la cuestión relativa a la relación concursal que puede existir entre estos artículos funcionariales específicos analizados y otras posibles modalidades de responsabilidad del funcionario derivadas de otros títulos de imputación. En efecto, de la lectura del Título XVI del Libro II del CP se observa que la autoridad o funcionario público (con competencias bien en ordenación del territorio o patrimonio histórico, o bien en medio ambiente y recursos naturales) posiblemente podría responder penalmente de tres formas distintas. La primera sería que sus conductas tan sólo pudieran encuadrarse en el ámbito típico de los arts. 320, 322 y 329 CP. La segunda cuando tal conducta sólo fuera subsumible dentro de los llamados tipos *básicos* en tanto que hubiera habido un acuerdo de voluntades para delinquir entre el autor de éstos y el funcionario público, el cual sería calificado como autor o partícipe de los arts. 319, 321, 325.1 ó 328 CP. Y, por último, los supuestos en los que la conducta funcional pudiera subsumirse tanto con arreglo a los arts. 320, 322 y 329 CP como en los arts. 319, 321 ó 325.1/328 CP o incluso dentro del art. 404 CP.

---

<sup>1112</sup> Así lo hizo la STS de 17-10-2006 (EDJ 2006/299608).

Como bien se sabe cuando ante un mismo supuesto de hecho aparentemente son varios los preceptos que vienen en consideración, lo que ha de hacerse es analizar cuál de ellos basta por sí solo para aprehender todo el desvalor del hecho o hechos concurrentes<sup>1113</sup>. En este sentido la forma en la que el legislador ha plasmado en el texto punitivo vigente las responsabilidades penales de estos funcionarios específicos demuestra su improvisación y enorme falta de previsión, lo cual ha acrecentado las dificultades de la problemática concursal en esta materia objeto de estudio.

Como hemos señalado el contenido del injusto de los arts. 320, 322 y 329 CP es la mera realización de la conducta típica. Sin embargo, los delitos ambientales de los arts. 325.1 y 328 CP requieren, además de la conducta del sujeto activo, de un cierto “resultado” al menos hipotético. Por su parte, el tipo común del art. 319 CP es de mera actividad, mientras que el del art. 321 CP supone un daño grave al patrimonio cultural que acontece por la pérdida o alteración de alguna “pieza” (edificio) de éste. Como puede observarse la diversificación del desvalor de todas estas conductas anti-jurídicas es amplia produciendo, obviamente, efectos no deseables en esta cuestión concursal.

La regulación que el legislador ha fijado para estas responsabilidades de las autoridades y funcionarios públicos dista de alcanzar los mínimos deseables. Las relaciones concursales entre los artículos 320, 322 y 329 CP con la prevaricación común del art. 404 CP y los delitos *básicos* de los arts. 319, 321, 325.1 ó 328 CP son muy complejas, además de distintas para cada modalidad típica de aquellos delitos funcionariales específicos, debiendo establecerse para cada caso en particular una especial atención y cuidado<sup>1114</sup>.

Se trata de observar si las autoridades y funcionarios públicos, bien al conceder licencias ilegales, o al coadyuvar con éstas mediante su voto a favor, bien al informarlas favorablemente, han de ser imputados siempre por los delitos específicos objeto de estudio o pueden sus conductas reconducirse a través de otras figuras delictivas.

El análisis de esta cuestión concursal respecto a las responsabilidades penales de los llamados funcionarios *ambientales* hay que realizarlo desde una doble y diferente faceta. En primer lugar comprobar el posible concurso de leyes que pudiera existir

---

<sup>1113</sup> MIR PUIG, *DP PG*, 8ª. ed., 2004, p 646; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, *DP PG*, 3ª. ed., 1998, p. 520.

<sup>1114</sup> Vid, SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente*, cit., 1999, p. 162.

entre estos tipos específicos funcionariales con sus tipos básicos (319, 321, 325.1 y 328 CP), así como con la prevaricación común (art. 404 CP) debiéndose dar solución a esta cuestión comprobando las relaciones que existen entre ellos según las reglas indicadas en el art. 8 del CP. Y en segundo lugar comprobar el posible concurso propio de delitos (concurso ideal) que pudiera darse entre los arts. 319, 321, 325.1 y 328 del CP con el art. 404 del CP como viene reiterando la mayoría de la doctrina española y empieza a tomar en consideración la Sala 2ª. del Tribunal Supremo a través de recientes sentencias.

## **II) Previsibles concursos de leyes en este tipo de responsabilidades funcionariales.**

Hay veces en que la conducta que comete el funcionario público con competencias específicas en ordenación del territorio, patrimonio histórico o en medio ambiente pueden ser subsumibles en varios preceptos del CP. Nos referimos aquí a los casos de concursos de leyes, es decir, a los supuestos en que un mismo comportamiento es, en principio, comprendido en varias disposiciones penales, pero del análisis de la conexión existente entre ellos se concluirá que ya una de ellas capta plenamente el contenido del desvalor del supuesto de hecho, quedando desplazadas las restantes. Si junto a la ley preferente se aplicara alguna otra de las formal y aparentemente concurrentes estaríamos conculcando el principio *non bis in idem*<sup>1115</sup>. Piénsese por ejemplo la conducta de un alcalde (autoridad), que puesto de acuerdo con un promotor, emite u otorga una licencia de edificación (obviamente ilegal) en suelo que sabía no era urbanizable y que no debería haberse autorizado. Aquí, ese funcionario ¿debería ser condenado por el art. 320 CP, con una pena más benévola que el promotor en cuanto a la pena de prisión, o por el contrario lo debería ser -como partícipe- en base al art. 319.2 CP? En este caso no se puede olvidar que es premisa inicial para tal concurso la existencia de un nexo de actuación conjunta entre el sujeto activo de los delitos *comunes* y el funcionario *ambiental* en cuestión.

---

<sup>1115</sup> Vid. al respecto SANZ MORÁN, *Voz Concurso de leyes o normas*, en la EPB, dir. Luzón Peña, Edit. Comares, Granada 2002, p. 271.

Igualmente pensemos en el supuesto en que la autoridad o funcionario público concediese por sí mismo una licencia ilegal para derribar un edificio singularmente protegido por su enorme valor histórico. Esta conducta injusta ¿sería subsumible quizás en base al art. 320.2 CP<sup>1116</sup> o por el contrario podría subsumirse en virtud del art. 404 CP? Igualmente, el funcionario que emitiese un informe favorable -ilegal- para alterar una pequeña parte del interior de la Mezquita de Córdoba, ¿debería ser juzgado en base al delito específico del 322 CP, o en base a algún tipo de participación del art. 404 CP o del básico del art. 321 CP?<sup>1117</sup>

Estas cuestiones son precisamente las que serán analizadas a continuación, sin olvidar en ningún momento la circunstancia de que los arts. 320, 322 y 329 CP contienen un grupo de ilícitos (informar-conceder-votar, siempre a favor) sumamente diferenciados.

### **III. Análisis de la relación entre las conductas específicas objeto de estudio (arts. 320, 322 y 329 CP) y los tipos básicos (arts. 319, 321, 325.1 y 328 CP).**

Como puede comprobarse mientras que los arts. 320 y 322 CP sólo pueden relacionarse respectivamente, en lo que se refiere a la ordenación del territorio y el patrimonio histórico, con los delitos -básicos- de los arts. 319 y 321 CP, el delito del art. 329 CP ha de relacionarse con “todos los artículos anteriores referidos en el Cap. III del Tit. XVI. Por tanto, puede acontecer un teórico concurso de leyes también

---

<sup>1116</sup> Recuérdese la posición que se mantiene en este trabajo en el sentido de que la concesión injusta de una licencia tendente al derribo o alteración de edificios singularmente protegidos no puede subsumirse bajo el art. 322.2 CP ya que el mismo se refiere a los supuestos de hecho del apartado anterior, que se refiere sólo a proyectos y no a las concesiones de licencias.

<sup>1117</sup> Al respecto y aludiendo al vigente art. 329 CP, GÓMEZ RIVERO, en *Algunos aspectos de la responsabilidad de los Funcionarios en materia ambiental*, LL, 1996-4, p. 1240, y en un interesante análisis, considera que la distorsión que produciría la aplicación automática de ese precepto, no se producía en el art. 324 del proyecto del '80 ni en el art. 311 de la propuesta del '83 ni en el art. 313 del proyecto del '92 en tanto que la irregular actuación del funcionario se conectaba mucho mejor -a nivel punitivo- con el hecho principal punible (es decir, con el tipo básico) puesto que se garantizaba igualdad de penas entre el particular y el funcionario, se agravaba la pena accesoria de inhabilitación mas allá de la prevista con carácter general para la prevaricación y se evitaba -por esto último- las dificultades de asimilar la conducta de *informar favorablemente* con los verdaderos supuestos de prevaricación.

entre el citado art. 329 con el art. 328 CP, aunque no con el art. 330 por ser posterior a aquél.

La solución al concurso de leyes al que me estoy refiriendo ha de resolverse inexcusablemente en base a las reglas recogidos en el art. 8 CP, es decir, según los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción o alternatividad<sup>1118</sup>.

La doctrina española no logra ponerse de acuerdo respecto bajo qué principio debe regirse la relación entre los arts. 320, 322 y 329 CP y los arts. 319, 321, 325.1 y 328 CP.

BAUCELLS LLADÓS<sup>1119</sup> entiende que debe excluirse la interpretación de que el art. 325.1 CP sea ley general con respecto al art. 329 CP, que debiera aplicarse de forma preferente. De entenderse que éste último precepto es ley especial, el efecto real de la criminalización específica sería su favorecimiento penal ya que su pena de prisión (de 6 meses a 3 años) es menos grave que la del delito ecológico *básico* (prisión es de seis meses a cuatro años). Para evitar esta contradicción político-criminal no queda otra opción que considerar que en estos casos es ley preferente el art. 325 CP<sup>1120</sup>, no aclarando, sin embargo, este autor bajo qué criterio de los recogidos en el art. 8 CP se sustenta esta posición.

ALASTUEY DOBÓN<sup>1121</sup> considera que la relación entre los tipos de los arts. 329 y 325 CP no es ni de especialidad, ni de subsidiariedad ni de consunción puesto que ninguno de esos delitos comprende la totalidad de lo injusto de la conducta realizada por el sujeto: si se opta por el art. 329 CP, que parece más específico, no se capta el dato de que se ha participado en un atentado ambiental (art. 325.1 CP), de mayor entidad que el contemplado en el art. 329, pues en ese delito *básico* se está más cer-

---

<sup>1118</sup> Vid. sobre los citados principios SANZ MORÁN, *ob. ult. cit.*, pp. 272-273; y MIR PUIG, quien, en *DP PG.*, 8ª. ed., 2008, p. 657, cuestiona el principio de alternatividad recogido en el n.º. 4 del art. 8 CP, ya que implica que la única posibilidad de que sean aplicables “los criterios anteriores” (de especialidad, subsidiariedad o consunción) es que por *un error o descuido del legislador* dos o más preceptos vengán a prever exactamente lo mismo. En este caso, deberá aplicarse el que señale pena más grave. Pero entonces lo que sucede es que el precepto menos grave nunca podrá aplicarse, por lo que ha de entenderse *derogado* por el más grave. No se trata -según este autor- de un verdadero “concurso de leyes” que exigiría que todos ellos estuvieran en vigor y fueran aplicables en algún caso.

<sup>1119</sup> BAUCELLS LLADÓS, *Comentarios al art. 329 del CP*, en *ComCP*, PE, tomo I, dir. Córdoba Roda/García Arán, Marcial Pons 2004, p. 1427.

<sup>1120</sup> En sentido similar, TERRADILLOS BASOCO, *La responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente*, EPC, tomo XX, 1997, p. 330.

<sup>1121</sup> ALASTUEY DOBÓN, *El ámbito de aplicación del art. 329 CP: examen de sus conductas típicas*, RDPCr, 2ª. época, n.º. 9, enero 2002, pp. 27, 28 y 35.



ca de la lesión del bien jurídico protegido. Si por el contrario se aplicase sólo el art. 325.1 CP no se tomaría en cuenta la agravación representada por el hecho de que el sujeto activo es autoridad o funcionario y que se ha visto afectado un segundo bien jurídico. Por ello, teniendo en cuenta que ninguno de los dos preceptos consigue abarcar la totalidad del contenido desvalorativo del hecho, hay que negar que la relación entre ellos sea de concurso de leyes. Entre los arts. 325.1 y 329.1 y 2 CP lo que existe es un concurso ideal de delitos pese a ser consciente esta autora que esta posición es rechazada doctrinalmente por considerar que hay un elemento (bien jurídico medio ambiente) que resultaría doblemente valorado<sup>1122</sup>.

DE LA MATA BARRANCO<sup>1123</sup> entiende que la relación entre los arts. 319 y 320 CP ha de guiarse por el principio de especialidad (según el art. 8 regla 1ª. CP), siendo esta última norma de preferente aplicación en relación con el art. 319 CP. Éste debe ceder en favor de aquél respecto a la responsabilidad del funcionario aún en el caso de que actuase en connivencia con el promotor, constructor o técnico director<sup>1124</sup>. De conformidad a como se dijo en otro momento, este autor considera que en absoluto

---

<sup>1122</sup> Sin embargo, este criterio es el que viene a recoger la STS de 25-9-2003 (EDJ 2003/97990), recogida como caso 4) en la introducción a este estudio. En efecto, ésta sentencia casó la de la AP de Valencia de 13-7-2002, la cual absolvía a Ismael (funcionario público del Ayuntamiento de Xeresa-Valencia) de los delitos de prevaricación y contra el medio ambiente de que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, que fueron los que recurrieron ante el Tribunal Supremo. En la casación, el Alto Tribunal condena a Ismael por el delito de prevaricación medio ambiental a la pena de 24 meses de multa a razón de 50.000 ptas. /día y ocho años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, y por el delito contra el medio ambiente a 1 año de prisión, multa de 24 meses a razón de 50.000 ptas/día y 2 años de inhabilitación especial para profesión u oficio. En mi opinión, el TS incurrió en esta sentencia en un *bis in idem* al sancionar doblemente la conducta que hacia peligrar el bien jurídico medio ambiental.

El TS justificaba su decisión diciendo, entre otras cosas, lo siguiente (Fundamento de Derecho Segundo puntos 1 y 6): “El cargo público del Ayuntamiento de Xeresa -Ismael- desarrolla una doble actividad; concede autorizaciones de vertidos, que suponen un aterramiento, actuando al margen y con vulneración de las obligaciones específicas de vigilancia y protección del ambiente y como consecuencia directa de este comportamiento lícito, ocasiona un daño medio ambiental específico, del que es responsable directo ya que, sin su autorización, no se habría llevado a cabo. El daño ambiental, al margen de la actuación prevaricadora, tenía además, como desvalor añadido, el hecho de querer transformar un paraje de protección natural, por sus especiales características, en suelo urbanizable, lo que demuestra que, además de su actuación administrativa irregular, estaba cometiendo de forma directa y material una de las conductas típicas previstas en el art. 325 CP”. “.....Si tenemos en cuenta que toda la lesión a los bienes jurídicos protegidos tiene su origen y causa directa en las autorizaciones ilegales, estimamos que nos encontramos ante un supuesto de concurso ideal heterogéneo, ya que la acción delictiva se proyecta sobre dos bienes jurídicos protegidos. Serían de aplicación, por tanto, las reglas previstas en el art. 77 del CP”.

<sup>1123</sup> DE LA MATA BARRANCO, Art. 320.1: *prevaricación específica en el caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas*, en *Delitos contra el Urbanismo y la Ordenación del Territorio*, cit. 1998, pp. 172-173.

<sup>1124</sup> Este principio de especialidad fue el criterio utilizado por la STS de 31-10-2003 (EDJ 2003/209305), expuesto como caso 8) -ejecución de hotel en Borleña en suelo no urbanizable- en la introducción de este estudio.

puede entenderse que el art. 320 CP prevea una pena menos grave que la que contempla el art. 319 CP puesto que pese a que en éste se fijan tres penas con carácter cumulativo -siendo la de prisión en el 319.1 superior respecto al 320- no contempla pena específica de inhabilitación que, en su caso, había de imponerse como pena accesoria<sup>1125</sup> con una extensión obviamente muy inferior a la que contempla el art. 404 CP (de siete a diez años). Por su parte, la inhabilitación del art. 320 CP tiene la consideración de pena grave que no tienen ni la prisión ni la multa prevista en el art. 319. La comparación punitiva -según este autor- debería efectuarse no entre los arts. 319 y 320 CP, sino entre éste y la resultante de apreciar un concurso ideal de delitos entre el art. 319 y el 404 CP, lo cual sólo sería posible respecto a las conductas de otorgamiento de licencias o cuando la participación de quien informa fuera posible (cosa difícil), existiendo un hecho injusto del art. 404 CP. DE LA MATA BARRANCO considera que la pena del art. 320 CP es acertada ya que, aparte de la inhabilitación indicada del art. 404 CP, es lógico que prevea una pena de prisión o multa de menor entidad que la prevista por el art. 319 CP en tanto que se está hablando -en el art. 320 CP- de conductas de cooperación elevadas a la categoría de autoría.

RODRÍGUEZ PUERTA/VILLACAMPA ESTIARTE<sup>1126</sup> afirman que la autoridad o funcionario público que resuelven conceder una licencia (urbanística) ilegal cometen el delito del art. 320 CP si el comportamiento típico se paraliza en este momento, pero si lo que ocurre es que posteriormente, con esa licencia, se termina construyendo (por el promotor, constructor o técnico), su conducta también puede calificarse de cooperación activa en el ilícito contenido en el art. 319 CP. En este caso se estaría ante un supuesto de concurso de leyes entre autoría del art. 320 CP y participación del citado 319 CP, a resolver a favor de esta última calificación en virtud del principio de consunción (según el art. 8 regla 3ª. CP). Ello significa que, de entre las dos posibles calificaciones de la conducta del funcionario, se declara de aplicación preferente aquella calificación que recoge mejor todo el desvalor inherente al injusto

---

<sup>1125</sup> En efecto, el art. 55 del CP establece que para las penas de hasta diez años el Tribunal impondrá como penas accesorias alguna de las siguientes: suspensión de empleo o cargo público, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena o inhabilitación especial para empleo o cargo público.

<sup>1126</sup> RODRÍGUEZ PUERTA/VILLACAMPA ESTIARTE, *La responsabilidad penal del funcionario público en materia urbanística*, en el Nuevo Derecho Penal español. Estudios Penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz, coord. Quintero Olivares y Morales Prats, edit. Aranzadi, Elcano (Navarra) 2001, p. 1764.

que el funcionario comete (es decir, será preferente el precepto penal más amplio o complejo).

GÓMEZ TOMILLO<sup>1127</sup>, partiendo de la idea de que el art. 320 CP solo pudiera aplicarse a los casos en que bien por no realizar el promotor, constructor o técnico la construcción, o bien porque la contribución del funcionario no pudiera reconducirse a la cooperación necesaria, entiende que en caso de que se efectuare la construcción o el funcionario fuese partícipe de ella, podría concurrir un concurso de leyes entre los arts. 320 y 319 CP, en el cual habría que rechazar los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción. Este autor parece decir, con reservas, que solo el principio de alternatividad podría resolver esta relación concursal, debiéndose determinar qué norma de ellas contiene la pena más grave y proceder a aplicarla. Es aquí donde surgen los problemas según GÓMEZ TOMILLO. Cuando los preceptos en consideración sean los arts. 319.1 y el 320 CP la penalidad más grave será la de aquél, en tanto que la pena es cumulativa y la pena de prisión será de hasta tres años: por tanto, teóricamente el precepto penal más grave sería el art. 319.1<sup>1128</sup>. Difícil se presentaría la relación entre los arts. 319.2 y 320 CP en base a este principio de alternatividad puesto que la pena de prisión es la misma en ambos delitos (seis meses a dos años), aunque en el primero se acumula a la multa e inhabilitación mientras que en el segundo de ellos es alternativa (aparte de la pena del art. 404 CP).

Por último, según CANCIO MELIÁ<sup>1129</sup> -refiriéndose al art. 329 CP- en los casos en que la conducta del funcionario público pueda calificarse bien por este delito específico, bien por los delitos comunes -a través de algún tipo de autoría o participación respecto de los arts. 325.1 ó 328 CP-, considera que concurriría un concurso de leyes que habría de solucionarse por la *relación tácita de subsidiariedad*. No podría resolverse el concurso de leyes en base al principio de especialidad<sup>1130</sup> (según el cual en-

---

<sup>1127</sup> GÓMEZ TOMILLO, *Urbanismo, función pública y Derecho Penal*. Editorial Comares. Granada 2000. Pp. 206- 209.

<sup>1128</sup> Sin embargo, en mi opinión habría que considerar también que la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio del art. 319.1 no podría hacerse efectiva para la autoridad o el funcionario público ya que no reunirían la condición de promotor, constructor o director técnico; esto último salvo la excepción de que la autoridad (por ejemplo un alcalde) reúna también la condición de promotor o constructor, según recientemente se está produciendo en numerosos Ayuntamientos de España.

<sup>1129</sup> CANCIO MELIÁ, *La responsabilidad del funcionario por delitos contra el Medio ambiente en el CP español*, ADPC, tomo LII, 1999, pp. 158-166.

<sup>1130</sup> En efecto, según CANCIO MELIÁ, en *ob. ult. cit.*, pp. 160-163, no existe relación de especialidad entre el art. 329 CP y los tipos de los arts. 325.1 y 328 del CP por 4 motivos:

tre los preceptos aparentemente concurrentes, el art. 329 CP contemplaría más específicamente el hecho que los arts. 325.1 ó 328 CP) ni podría entenderse la existencia de un concurso ideal de delitos<sup>1131</sup> entre los arts. 325.1/328 y el 329 CP.

Entiende el referido autor que es necesario atribuir un carácter diferenciado a la infracción del art. 329 CP y a las otras modalidades de intervención de los funcionarios en este contexto (bien sea a través de participación, bien a través de autoría directa). Por ello, la imposibilidad de aceptar la existencia de una relación de especialidad es la base para asumir aquí implícitamente la relación tácita de subsidiaridad (art. 8 regla 2ª. CP), la cual vendrá marcada no tanto por argumentos lógicos sino más bien por consideraciones valorativas respecto a los principios de especialidad o consunción<sup>1132</sup>. Esto conduciría a una aplicación residual del precepto (art. 329 CP).

---

a) Por la sistemática legislativa utilizada dentro del conjunto del título XVI: el legislador no ha previsto el delito específico funcional ni respecto de los delitos del Cap. IV del citado Título ni respecto de la infracción del art. 330 CP.

Si la regulación del art. 329 CP fuera excluyente respecto de la intervención de los funcionarios en el ámbito del art. 325.1 y ss. CP, se daría la paradoja de que el funcionario que, p.ej., autorice el ingreso en España de una especie de flora o fauna no autóctona sea penado, como cooperador necesario, con la misma pena del particular que la libere (más la correspondiente, en su caso, a la prevaricación común), mientras que en el ámbito del art. 325.1/326 CP, p. ej., la pena del funcionario que realice una contribución similar, será siempre sensiblemente inferior a la del particular.

b) Por el alcance típico de las alternativas de comportamiento recogidas en el art. 329 CP. Las modalidades de intervención tipificadas en el art. 329 CP, no son las únicas que podrían dar lugar a la calificación de cooperación necesaria respecto de los correspondientes delitos comunes. Así, por ejemplo, el funcionario o autoridad que “silencia” la comisión de un acto de contaminación que pudiera dar lugar a un delito del art. 325.1 CP, y, por ello, a la aplicación del 329, pero *no* lo hace “con ocasión de de sus inspecciones”, no ingresa en el ámbito típico del 329, precisamente en virtud del principio de legalidad. Id. respecto al funcionario que en vez de votar a favor se abstiene, emite voto nulo o en blanco (sabiendo que con ello se asegura materialmente el acuerdo favorable): su conducta -que constituiría una modalidad de comisión por omisión o de cooperación necesaria- podría entrar dentro del art. 325.1 CP pero no del art. 329 CP.

c) Por la falta de punición imprudente para los funcionarios que incurriesen en responsabilidad ambiental. Esta restricción de la punibilidad resulta inexplicable si partimos de que el art. 329 CP sea el único modo de generar responsabilidad de los funcionarios públicos.

d) La proporción de las penas es de tal magnitud que constituye un indicio relevante de que el art. 329 CP no puede ser la única respuesta del ordenamiento penal frente a la intervención del funcionario en el delito ambiental.

<sup>1131</sup> Igualmente, según CANCIO MELIÁ, en *ob. ult. cit.*, pp. 163-164, la compatibilidad y la estimación de este concurso ideal de delitos no es en modo alguno adecuada a pesar de que proporcionaría una solución de sencilla aplicación para todos los supuestos. Si nos preguntamos la motivación por la cual el legislador ha introducido este delito funcional específico (art 329) solo cabrá decir que ha sido la especial relevancia y protección de los bienes ambientales, siendo por ello que un castigo en concurso ideal entre los delitos 325.1 ó 328 y la infracción del 329 CP incurría en un *bis in idem*.

<sup>1132</sup> Sin embargo, CANCIO MELIÁ, en *ob. ult. cit.*, pp. 165-167, al proponer esta solución respecto al concurso de los arts. 329 y 325.1/328 CP, es igualmente consciente de las considerables dificultades que ello representa en cuanto a tres cuestiones:

1. En primer lugar, la solución de la subsidiariedad tácita no puede servir para todos los supuestos concursales. En efecto, entre las situaciones de concurrencia posibles no sólo hay supuestos en los que la pena prevista para la comisión de delitos comunes es *superior* a las establecidas en el artículo 329 CP -si bien parece que ello sucederá en la mayoría de los casos-, sino que también

Creo que, pese a la problemática que plantea y las necesarias reservas, es esta última posición (relación de subsidiariedad tácita entre los arts. 319/320, 321/322 y 325.1/329<sup>1133</sup>, que a su vez sería sectorial pues habría elementos de alternatividad, según, por ejemplo, acontecería entre arts. 328/329 CP) la que nos parece más defendible. Como bien se sabe la relación de subsidiariedad tácita en el concurso de leyes debe admitirse cuando la interpretación del sentido de un precepto pone de manifiesto que no pretende ser aplicado cuando concurre otra posible calificación más grave del hecho, por constituir éste una forma de ataque más grave o acabada del mismo bien jurídico<sup>1134</sup>. Subsidiariedad significa que una ley penal sólo se aplica de modo auxiliar, es decir, sólo si el hecho no está conminado con pena mayor según otros preceptos<sup>1135</sup>.

---

existen supuestos en los que la intervención en el delito común -en particular, si se trata de la figura residual del artículo 328 CP- genera una pena menor a la que prevé el artículo 329 CP. Pues bien, si el argumento central de la tesis de la subsidiariedad es que desde el punto de vista valorativo no puede entenderse que el legislador haya previsto un régimen de privilegio para el funcionario, resulta completamente inaceptable que de esa misma relación de subsidiariedad derive la situación que se trata de evitar, es decir, de privilegio. De modo que en estas otras situaciones, no queda otra vía que afirmar una resucitación del precepto desplazado -el art. 329 CP-, y aplicando las penas previstas en éste.

No hace falta subrayar especialmente lo insatisfactorio que resulta tener que propiciar una solución tan poco armónica *-relación de subsidiariedad sólo sectorial con elementos de alternatividad en el Cap. III del Tit. XVI Libro II CP-* pero consideradas las posibilidades normativas, parece que no hay otra. La insatisfacción a la que acaba de aludirse deriva de la convicción de que una solución tan complicada cuenta con pocas posibilidades de ser aplicada en la *praxis* por los órganos judiciales.

2. En segundo lugar, y en un orden decreciente en importancia, debe señalarse que el resultado que se obtiene en cuanto al alcance típico de la infracción del artículo 329 CP con la interpretación propuesta debe considerarse también altamente insatisfactorio. La mención en la doctrina favorable a la subsidiariedad tácita de que se reservaría con su aplicación sólo un “alcance residual” para la infracción del artículo 329 CP olvida que este alcance residual generará -en caso de producirse la aplicación efectiva del precepto- resultados altamente insatisfactorios desde el punto de vista político-criminal: se estarán penando -según dicho autor- supuestos (especialmente en el caso de las alternativas de conducta primera y segunda del art. 329 CP) de *anticipación de la anticipación*, en los que la conexión con el bien jurídico es tan tenue que se trata de delitos que no cabe calificar de otro modo que como puramente formales.
3. En tercer lugar, hay un último efecto negativo que subrayar: es evidente que el legislador ha tomado una decisión -criticable- en el sentido de equiparar en términos de pena diversas conductas en el artículo 329 CP que están en escalones bastante distintos de valoración en el resto del Código. Pues bien, mediante la solución de la subsidiariedad se deconstruye esta equiparación: en efecto, menos para el sector residual de aplicación efectiva del artículo 329 CP, los supuestos de las alternativas primera y segunda -al aplicarse directamente los correspondientes delitos comunes- quedan sin esa consideración específica de pena -al no constituir infracciones comunes-, mientras que respecto de la alternativa de conducta tipificada en el número segundo del artículo 329 CP vuelve a resurgir -en concurso ideal- la punición por el delito de prevaricación común del artículo 404 CP.

<sup>1133</sup> Aquí los preceptos principales serían los arts. 319, 321 y 325 CP, mientras que contrariamente el art. 329 sería principal respecto al 328 CP.

<sup>1134</sup> MIR PUIG, *DP PG*, 8ª. ed., p. 655.

<sup>1135</sup> STRATENWERTH, *DP PG I, El Hecho punible*, trad. Cancio Meliá/Sancinetti, editorial Thomson/Civitas, 2005, p. 456.

Efectivamente, considero que en los supuestos en los que la autoridad o funcionario, además de incurrir en alguna de las conductas de los arts. 320, 322 ó 329 CP, hubiese tenido alguna autoría o participación respecto de los delitos *básicos* (respecto al art. 319 CP sólo podrá ser de participación), habrá que entenderse que aquéllos preceptos -desde consideraciones valorativas- tienen el carácter auxiliar ya que los delitos de los arts. 319, 321 ó 325.1 CP suponen un mayor ataque al bien jurídico, aparte de conminar con mayor pena. Como acertadamente afirmaba CANCIO MELIÁ esto plantea una enorme dificultad respecto a la relación de subsidiariedad entre el art. 329 con el 328 CP, en el que posiblemente habría que acudir al delito funcional específico. Ahora bien ello no acontece respecto a la subsidiariedad tácita de los concursos entre los arts. 321/322 ó 319/320 CP puesto que en los Cap. I y II –del Tit. XVI- no hay preceptos similares y equiparables al citado art. 328 CP. Es cierto que la pena de prisión entre el art. 319.2 y el art. 320 CP es la misma, ahora bien, también es cierto que mientras que en aquél precepto las tres penas fijadas son cumulativas, en éste último sólo se fijan dos penas al ser la multa opcional a la prisión. Por ello el art. 319.2 será preferencial al art. 320 CP (tácitamente subsidiario), al haber un ataque más grave y tener fijada una mayor penalidad. En este sentido, los arts. 320, 322 y 329 CP no quedarían tan *residuales* como se ha manifestado, ya que serían aplicables a los casos en que aún no se hubiera llegado a contaminar, construir/edificar en suelos no permitidos o derribar/alterar edificios del patrimonio cultural, o cuando no pudiese acreditarse fidedignamente una autoría o participación del funcionario en el correspondiente delito *básico*<sup>1136</sup>.

Por otra parte no veo posibilidad de que pueda concurrir una relación de consunción entre los artículos que se discuten y sus tipos *básicos* -en cuyo caso los arts. 319, 321, 325.1 ó 328 CP absorberían a los arts. 320, 322 ó 329 CP, respectivamente- como anteriormente quedó reflejado. En efecto, según el art. 8 regla 3ª. CP ha de considerarse que “el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél”. Partiendo del punto de vista doctrinal, según el cual “precepto más amplio” será el que suponga un desvalor más completo

---

<sup>1136</sup> Así se pronuncian DE VICENTE MARTÍNEZ respecto al delito urbanístico (arts. 319 y 320 CP), en *La responsabilidad penal de la Administración urbanística: el párrafo 2º. del art. 320 del CP*, en Delitos contra el Urbanismo y la Ordenación del Territorio, cit., 1998, p. 195; y CARMONA SALGADO respecto a los delitos relativos al patrimonio histórico, en *Comentarios a los Delitos sobre la ordenación del territorio, la protección del patrimonio Histórico y el medio ambiente*, en Compendio de DP español PE, dir. Cobo del Rosal, 2000, pp. 172-173.

del hecho, mientras que “precepto más complejo” será el que suela ir acompañado de la realización de otro u otros sin que los implique siempre lógicamente<sup>1137</sup>, no es posible considerar que los arts. 319, 321, 325.1 ó 328 CP sean más amplios o complejos que las normas objeto de la presente Tesis. Ciertamente no se puede decir que estas normas *comunes* (arts. 319, 321, 325.1 y 328 CP) contengan un desvalor más “completo” del hecho (que sería la realización de un informe o licencia ilegal para que el particular contaminase, construyese/edificase en determinados suelos o derribase o alterase un edificio singularmente protegido) que los arts. 320, 322 ó 329 CP, ya que aquellos no recogen en modo alguno el hecho del ataque al bien llamado “buen funcionamiento de la función pública” que incumbe a los funcionarios públicos. Tampoco puede afirmarse que estos tipos básicos sean más complejos que los delitos funcionariales analizados, puesto que la realización de aquellos no tiene por qué incluir la realización de otro precepto (en este caso arts. 320, 322 ó 329 CP).

Tampoco puede entenderse que quepa en tal concurso de leyes la relación de especialidad -cuyos preceptos especiales serían los arts. 320, 322 ó 329 CP frente a los generales, que lo serían los arts. 321, 321, 325.1 y 328 CP- pues esencialmente no es admisible que el legislador pretendiese privilegiar punitivamente, de manera incondicional, al funcionario (con mayor responsabilidad) frente al particular o el sujeto activo que incurriese en alguno de esos tipos básicos, al establecer penas menos graves en los tipos específicos .

#### **A. Análisis de la relación concursal entre los arts. 320, 322 y 329 CP y el art. 404 CP.**

Contrariamente a lo que sucedía en el anterior epígrafe, donde los arts. 319, 321, 325.1 y 328 CP se podían entender como delitos *básicos* de las responsabilidades penales funcionariales a las que alude nuestra investigación, no podemos decir que la prevaricación común del artículo 404 CP constituya *exactamente* un tipo básico de

---

<sup>1137</sup> MIR PUIG, *ob. ult. cit.*, p. 657.



estos preceptos (arts. 320, 322 ó 329 CP)<sup>1138</sup>. Sin embargo, es preciso comprobar cuál es la relación concursal existe entre ellos. En primer lugar, no parece admisible la existencia de un concurso ideal de delitos entre el art. 404 CP con cualquiera de estos delitos específicos (arts. 320, 322 ó 329 CP)<sup>1139</sup>, puesto que el hecho de informar, conceder o votar a favor de licencia ilegal (por parte de la autoridad o funcionario) no daría lugar a dos o más delitos como previene el art. 77.1 CP, aparte de que concurriría también un *bis in idem* en un doble sentido: se consideraría dos veces el arts. 404 CP -una por los arts. 320, 322 ó 329 CP que expresamente así lo establecen a nivel punitivo, y otra el propio art. 404 CP por tal concurso-, produciéndose igualmente una doble valoración de la ofensa al llamado correcto funcionamiento de la función pública.

Habrà que acudirse, por tanto, al concurso de leyes entre los preceptos 404 CP, por un lado, y 320, 322 y 329 CP, por otro, cuya solución deberá buscarse bien en base al principio de especialidad bien en base al principio de subsidiariedad. Aquí la doctrina no se muestra unánime.

Un sector de la doctrina -minoritario<sup>1140</sup>- considera que esta relación deberá entenderse de subsidiariedad (según el art. 8 regla 2ª. CP), siendo las normas principales (arts. 320, 322 y 329 CP) preferentes. Por el contrario, la doctrina mayoritaria<sup>1141</sup> entiende que la relación por la que se resuelve el citado concurso de leyes será por el

---

<sup>1138</sup> Así se manifiesta VIRTÓ LARRUSCAIN, en *El delito de prevaricación del funcionario público*, en Delitos contra la Administración Pública, cit., 1997, p. 133, cuando considera que la norma del art. 404 CP constituye una figura subsidiaria y, en sentido crítico, cajón de sastre y fuente de grave inseguridad jurídica a donde reconducir aquellos comportamientos, en ocasiones más graves, que no entran ni en los abusos ni en el nuevo Título XVI del Libro II del CP.

<sup>1139</sup> En sentido contrario, LESMES SERRANO considera, en *Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, en Derecho Penal Administrativo (Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente), Comares, Granada, 1997, p. 371, que el hecho de señalar el art. 329 CP una pena propia y remitirse a su vez a las establecidas en el art. 404 CP, determina la existencia de un concurso ideal de delitos al menos entre el art. 404 y el 329.2 CP, puesto que estamos ante un solo hecho -la resolución/licencia injusta- que vulnera dos bienes jurídicos distintos.

<sup>1140</sup> Por todos, TERRADILLOS BASOCO, *La responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente*, EPC, tomo XX, 1997, pp. 330-332.

<sup>1141</sup> En este sentido, GÓRRIZ ROYO, *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit. 2004, p. 129; GARCÍA PÉREZ, *Algunas reflexiones sobre la denominada prevaricación específica del art. 320 del CP*, en La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo, LH-Cerezo Mir, cit., 2002, p. 1278; GUIASOLA LERMA, *Delitos contra el Patrimonio Cultural. Arts. 321-324 del CP*, cit. 2001, p. 603; RODRÍGUEZ PUERTA/VILLACAMPA ESTIARTE, *La responsabilidad penal del funcionario público en materia urbanística*, en nuevo Derecho Penal español, Aranzadi, 2001, p. 1753; y CANCIO MELIÁ, *La responsabilidad del funcionario por delitos contra el Medio ambiente en el Código Penal español*, ADPC, tomo LII, 1999, p. 160, nota 93.



principio de especialidad (art. 8 regla 1ª. CP) con preferencia para los artículos especiales (320, 322 ó 329 CP) y exclusión del art. 404 CP.

Es esta última postura (principio de especialidad) la que a mi entender debe regir esta relación concursal, siendo preceptos especiales los arts. 320, 322 ó 329 CP que se aplicarán con preferencia al arts. 404 CP (precepto general)<sup>1142</sup>. Téngase en cuenta que, en buena medida, elementos típicos de estos delitos específicos suponen concreciones de elementos presentes en el tipo genérico; así, por ejemplo, podrán ser sujetos activos de los arts. 320, 322 ó 329 CP sólo aquellas autoridades o funcionarios con competencias en el ámbito de la ordenación del territorio, patrimonio histórico o medio ambiente y concretamente respecto a determinadas actuaciones (v.gr. informar o conceder licencias a favor para proyectos de edificación, derribos o autorizaciones de edificios protegidos, funcionamiento de industrias o actividades contaminantes etc.). Ello denota la clara especialidad recogida en estos delitos funcionariales específicos respecto al art. 404 CP por lo que la preferencia de aquéllos debe de prevalecer.

Es necesario profundizar aún más en las conductas de los funcionarios consistentes en la emisión consciente de un *informe favorable* que es contrario a Derecho a partir del cual el órgano competente para resolver (la autoridad por lo general) dictará, a sabiendas, la licencia injusta (esto es lo que acontecerá previsiblemente en la mayoría de los casos). En estos supuestos cabría también, respecto al funcionario informante, otra doble calificación de su conducta (aparte de la del apartado uno de los delitos objeto de estudio): la primera sería como partícipe de un delito de prevaricación (art. 404 CP) que cometería -como autor- el funcionario que hubiera dictado la resolución injusta; y la segunda sería como partícipe de los delitos de los arts. 320.2, 322.2 ó 329.2 CP. En estos casos, teóricamente, se produciría un concurso de leyes entre art. 404 y arts. 320.1, 322.1 y 329.1 CP, así como entre estos últimos con los arts. 320.2, 322.2 ó 329.2 CP. Pues bien, como afirma GÓMEZ RIVERO<sup>1143</sup> en ambos casos serían de aplicación preferente los arts. 320.1, 322.1 ó 329.1 CP frente a la calificación que correspondería al funcionario informante -como partícipe- en el delito del otro funcionario o autoridad concedente de la licencia, ya que las previ-

---

<sup>1142</sup> Así lo dejó claro la STS de 31-10-2003 (EDJ 2003/209305) relativa a la construcción ilegal de un hotel en Borleña (Cantabria) en suelo no urbanizable (Ver Caso 8 de la Introducción de este trabajo).

<sup>1143</sup> Vid. GÓMEZ RIVERO, *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la Protección del Medio Ambiente y Ordenación del Territorio*, cit., 2000, p. 79.

siones de dichos artículos preferentes desplazan la responsabilidad del emisor del informe por su contribución al injusto que realiza quien resuelve. Y esto debe ser así puesto que en el primer caso (concurso arts. 404/320.1, 322.1 ó 329.1 CP) la pena contemplada en los artículos preferentes tiene en cuenta -en su totalidad- el doble desvalor de acción de la actuación del funcionario en este ámbito (pluriofensividad), no limitándose exclusivamente en considerar la lesión del bien cifrado en el correcto funcionamiento de la función pública, como sucedería si se aplicase el art. 404 CP<sup>1144</sup>. En el segundo de los supuestos (concurso arts. 320.1, 322.1 ó 329.1/ 320.2, 322.2 ó 329.2 CP) habría que considerar que, aún cuando la pena resultante fuese la misma, su calificación como autor de la conducta de informar favorablemente, sería prevalente, en tanto que es más específica.

**B. El concurso ideal de delitos entre los arts. 319, 321, 325.1 y 328 CP y el art. 404 CP como forma de responsabilidad penal de autoridades y funcionarios públicos con competencias en ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente.**

Anteriormente consideré que la relación -como concurso de leyes- que debería existir entre los arts. 320, 322 y 329 CP con sus correspondientes tipos *básicos* era de subsidiariedad tácita, en donde aquellos sólo se aplicarían de modo auxiliar si el hecho no estaba conminado con pena mayor según otros preceptos (que serían en este caso los arts. 319, 321, 325.1 y 328 CP). Esto sucedería a partir del supuesto en el que la autoridad o funcionario que nos interesa -es decir el competente en materias sobre ordenación territorial, patrimonio cultural o medio ambiente- pudiese ser considerado como autor o, en su caso, partícipe de los hechos delictivos tipificados

---

<sup>1144</sup> En este sentido, SUÁREZ GONZÁLEZ también entiende, en *Comentario al art. 320 del CP*, en ComCP de Rodríguez Mourullo/Jorge Barreiro, Civitas, 1997, p. 916, que la circunstancia de que la conducta del apartado 1 del art. 320 CP tenga encaje en el art. 404 CP obliga a apreciar un concurso de normas penales entre ambos preceptos, siendo aquél artículo ley especial.

en los arts 319, 321. 325.1 ó 328 CP cometidos por el particular<sup>1145</sup>. En ese caso sería un privilegio en favor de la autoridad o del funcionario público condenarle por estos delitos específicos puesto que tan solo sería condenado por dos penas, mientras que el *particular* lo sería por tres principales, una de ellas -la de prisión- que incluso podría ser superior a la del citado funcionario. A su vez si sólo se condenase al empleado público por alguno de estos tres delitos básicos (*ambientales*), el desvalor de su comportamiento injusto no quedaría suficientemente recogido por la aplicación exclusiva de dichos delitos, ya que los mismos únicamente tratan de proteger unos bienes específicos (*ambientales*) pero no se dirigen al llamado “correcto funcionamiento de la función pública” cuyos funcionarios habrían ofendido con su ilegal actuación. Por ello, y considerando que su conducta constituye dos delitos, es preciso considerar la existencia de un concurso ideal de delitos entre los arts. 319, 321, 325.1 ó 328 y el 404 CP. De esta forma la conducta injusta funcionarial queda justa y suficientemente desvalorizada respecto a los dos bienes contra los que se ha dirigido el sujeto activo, sin que se produzca privilegio alguno a nivel punitivo respecto al particular, sino todo lo contrario. La doctrina española reafirma mayoritariamente este concurso ideal de delitos<sup>1146</sup>. La jurisprudencia, por su parte, no me consta que haya utilizado aún este criterio<sup>1147</sup>.

De esta forma tan palpable se constata que la responsabilidad penal de estos funcionarios *ambientales* no queda exclusivamente delimitada a los tipos de los arts.

---

<sup>1145</sup> Para mayor precisión hay que indicar que respecto al art. 319 CP no podrá ser ese *particular* el que se considerase autor del mismo ya que se trata de un delito especial propio reservado a los “promotores, constructores o técnicos directores”. Por lo tanto la autoridad o funcionario sólo podría ser participe en dicho delito, pero no autor.

<sup>1146</sup> Vid. CANCIO MELIÁ, *La responsabilidad del funcionario por delitos contra el Medio ambiente en el CP español*, ADPC, tomo LII, 1999, p. 167; MARTÍNEZ ARRIETA, *Delito Urbanístico*, en *Empresa y delito en el NCP*, CDJ nº. II, CGPJ, 1997, p. 186; ACALE SÁNCHEZ, *La responsabilidad del funcionario público y de la autoridad en el Tit. XVI del CP: Especial referencia al art. 320*, RPJ nº. 47, 1997, p. 120; CARMONA SALGADO, *Consideraciones críticas en torno a algunos delitos urbanísticos*, en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, LH-Cerezo Mir, cit., 2002, p. 1219; TERRADILLOS BASOCO, *La responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente*, EPC, tomo XX, 1997, p. 332; GUISASOLA LERMA, *Delitos contra el Patrimonio Cultural. Arts. 321-324 del CP*, cit., 2001, p. 602; MUÑOZ CONDE, *DP PE*, 16ª. ed., 2007, p. 558; y LESMES SERRANOS, *Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, en *Derecho Penal Administrativo (Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente)*, Comares, Granada, 1997, pp. 370-371.

<sup>1147</sup> Sólo me consta una ocasión en la que el Tribunal Supremo ha aplicado un concurso ideal de delitos entre el art. 404 CP y un tipo *básico* ambiental, (como pudiera ser el art. 330 CP, eso sí en comisión por omisión), y es la STS de 17-11-2005 (EDJ 2005/207184), expuesto como caso 9) en la introducción a esta investigación.

320, 322 y 329 del CP, sino que también sus ilegalidades pueden subsumirse dentro de los tipos *básicos* en concurso ideal con el art. 404 CP.

#### **IV. Recapitulación.**

Como se ha podido comprobar, con la tipificación de los artículos que dan motivo a nuestro estudio no se ha resuelto el aspecto de la responsabilidad penal de las autoridades o funcionarios públicos que tengan específicamente asignadas competencias relativas a la ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente. Es más, con la formulación llevada a cabo por el legislador se ha abierto un abanico de posibilidades por el que podrían responder.

La presente cuestión ha de ser resuelta desde una doble relación concursal. En primer lugar habrá de apreciarse un concurso de leyes entre los arts. 320, 322 y 329 CP y los arts. 319, 321, 325.1 y 328 CP, que deberá de guiarse por la regla 2ª. del art. 8 del CP (relación tácita de subsidiariedad aunque con ciertas reservas), en donde los preceptos principales serán éstos últimos, salvo las dudas que se plantean con respecto al art. 328 CP<sup>1148</sup>. En cambio, el concurso que pueda darse entre estas normas específicas-funcionariales y la prevaricación administrativa se solucionará por el principio de especialidad, siendo preferentes los tipos específicos estudiados. En segundo lugar, lo habitual para solventar las responsabilidades penales de estos funcionarios tan específicos -en cuanto a las competencias que les incumben- será considerar la existencia de un concurso ideal de delitos (entre los 319, 321, 329 -o en su caso 328- CP y el art. 404 CP) que no privilegia al funcionario público desde el punto de vista punitivo y permite englobar todo el desvalor que produce su ilícita actuación, al tomarse en cuenta la doble afección a distintos bienes jurídicos protegidos.

---

<sup>1148</sup> En efecto, como se dijo con anterioridad este precepto establece una pena menor que la del arts. 329 CP. A su vez no puede tampoco olvidarse que la realización de la conducta típica de dicho delito puede reconducirse -en la mayoría de las veces- vía del art. 325.1 CP.

De lo anteriormente alegado surgirá el problema de determinar cuál será entonces el ámbito de aplicación de los arts. 320, 322 y 329 CP. Éstos deberían ser aplicables a los casos en los que las conductas de las autoridades o funcionarios públicos -al informar a favor, conceder o votar también favorablemente licencias urbanísticas o *ambientales* claramente ilegales- no comportasen (bien *per se* o bien con algún particular a través de acuerdos de voluntades) supuestos de autoría o de participación de los arts. 319, 321, 325.1 ó 328 CP en los casos en que ello fuera posible.

## **§. 10 Significado, alcance y ubicación sistemática de las disposiciones comunes del Capítulo V del Título XVI del CP.**

### **I. Introducción.**

El Título XVI del Libro II del CP finaliza con un último Capítulo V que, bajo el epígrafe “Disposiciones Comunes”, alcanza tanto a los delitos sobre la ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente como a los relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos. Estas disposiciones, cuya ubicación en un Capítulo separado no se entiende demasiado bien, son desafortunadas y criticables por tres motivos diferentes. En primer lugar, su amplia generalización a todo el Título XVI (del Libro II del CP) no se sostiene, máxime cuando en el mismo se tipifican delitos tan diferentes (desde delitos de peligro abstracto a delitos lesivos, pasando por delitos de peligro hipotético etc.); en segundo lugar, considerando que esas disposiciones van dirigidas, en buena medida, a las consecuencias jurídicas de los delitos del citado Título, hubiera sido mucho más conveniente haber establecido un sistema de penas, en cada uno de sus Capítulos, más ajustado al desvalor de cada conducta en vez de haber introducido una cláusula general agravatoria como la del art. 338 CP, que lo único que produce es mayor confusión; y por último, el conteni-

do de alguna de estas Disposiciones, referidas a la reparación del daño, son reiterativas respecto a otros preceptos (generales o especiales) del CP (piénsese en los arts. 109, 110, 112, 319.3 ó 321 párr. 2º. CP).

## II. La Cláusula del artículo 338 del Código Penal.

Según este precepto *“cuando las conductas definidas en este Título afecten a algún espacio natural protegido, se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas”*.

La redacción de este precepto -que debe aplicarse indudablemente de forma restrictiva- produce serios problemas interpretativos. En primer lugar, y en esto no hay mayor problema, esta cláusula de agravación punitiva sólo va dirigida a las conductas relacionadas con “espacios naturales protegidos”, es decir, sobre los que haya recaído una declaración administrativa en tal sentido en conformidad con la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, sobre Patrimonio Natural y Biodiversidad. En segundo lugar, y aunque en principio la agravación del art. 338 CP pudiera ser tomada en cuenta respecto a las penas previstas en los arts. 320, 322 ó 329 CP, no está tan claro que eso deba ser así. En efecto, téngase en cuenta que el precepto se dirige a “las conductas que *afecten* a algún espacio natural protegido”. No se refiere a las conductas que *pudieren afectar o perjudicar* a dichos espacios (como por ejemplo se refieren los arts. 325.1 y 328 CP), ni a las que lo *pongan en riesgo grave* (véase el art. 325.1 inciso final del CP en donde se constata tal elemento típico). “Afectar”, desde el punto de vista gramatical, supone “producir alteración en alguna cosa” o “menoscabar, perjudicar o influir desfavorablemente en la misma”<sup>1149</sup>. Por tanto, la cuestión estará en determinar si las conductas de “informar, conceder o votar a favor de licencias (ambientales o urbanísticas) ilegales suponen realmente ese perjuicio o influencia al “espacio natural protegido”.

---

<sup>1149</sup> Diccionario RAE, edición 19ª, p. 31.

Distintas son las posiciones que viene adoptando la doctrina española respecto a lo anteriormente manifestado. Según SILVA SÁNCHEZ<sup>1150</sup>, refiriéndose a los delitos propiamente ecológicos (Capítulo III del Tit. XVI, Libro II), en la expresión “afectación” parece que no es necesario que el hecho se haya realizado en el propio ámbito del espacio natural protegido, bastando con que su dimensión *de peligro* se proyecte sobre éste. En este sentido habrá de exigirse que la afectación del espacio protegido sea precisamente la propia del art. 325.1 CP, es decir, la puesta en peligro grave del sistema natural representado por ese espacio natural protegido. Esta agravación punitiva del art. 338 -según dicho autor- es aplicable a los delitos de los arts. 325.1, 326, 328 y 329 CP.

Por su parte ROMÁN GARCÍA<sup>1151</sup>, pese a considerar que la expresión “afectación de algún espacio natural protegido” debe entenderse en el sentido de que las aludidas conductas perjudiquen de modo desfavorable a dicho espacio, afirma que el art. 338 CP resulta plenamente aplicable a las conductas contempladas en el art. 320 CP (y por tanto también a los arts. 322 ó 329 CP).

Para ARIAS EIBE<sup>1152</sup> esta cláusula agravatoria, por su conexión con el art. 330 del CP, parece ir más bien dirigida a la protección del medio ambiente, aunque también reconoce la posibilidad de su aplicación respecto a algunas de las conductas tipificadas en los arts. 321 a 324 CP que, afectando al patrimonio cultural, al mismo tiempo afecte a un espacio natural protegido por hallarse el “bien singular” inserto en él. En cualquier caso considera que la agravación del art. 338 CP sólo podría estimarse de manera restrictiva, es decir, cuando la conducta constitutiva de alguno de los tipos del Cap. II del Tít. XVI se proyectara sobre bienes que, indiscutiblemente formaran parte fundamental del “espacio natural protegido” tratándose de elementos insustituibles del mismo, de suerte que tal conducta supusiera simultáneamente la lesión del patrimonio cultural y del espacio natural protegido.

Por último, habrá que entender que para la aplicación del art. 338 CP, el sujeto activo (en el caso que nos interesa sería la autoridad o funcionario público) debe conocer que su ilegal conducta afecta al espacio natural protegido, declarado así ad-

---

<sup>1150</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente*, cit., 1999, p. 134.

<sup>1151</sup> ROMÁN GARCÍA, *Delitos sobre la Ordenación del Territorio*, en *Derecho Penal Administrativo (Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente)*, 1997, p. 133.

<sup>1152</sup> ARIAS EIBE, *El Patrimonio Cultural. La nueva protección en los arts. 321 a 324 del CP de 1995*, Comares, 2001, pp. 212-214.

ministrativamente. Si dicho sujeto desconoce esa circunstancia entiendo que no procederá la aplicación de la cualificación en base al art. 14.2 CP.

### III. La Cláusula del artículo 339 del Código Penal.

El citado precepto establece que *“los Jueces y Tribunales, motivadamente, podrán ordenar la adopción, a cargo del autor del hecho, de medidas encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como adoptar cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título.”*

En esta norma se recogen dos situaciones bien diferentes de carácter potestativo. Una primera medida de restauración -previsiblemente cautelar- que sólo será posible cuando el perjuicio o desequilibrio ecológico se haya producido, y que únicamente se adoptará después de los momentos iniciales de la perturbación, al haberse comprobado ésta después de un período de tiempo<sup>1153</sup>. Y otra medida cautelar tendente a paralizar los efectos perniciosos que con la infracción se puedan producir sobre los objetos protegidos<sup>1154</sup>.

Desde luego esta cláusula, a pesar de dirigirse “in fine” a todo el Título XVI, parece ir dirigida esencialmente a los delitos de los Capítulos III y IV, ello por dos motivos: el primero porque se dirige al “equilibrio ecológico perturbado” (es decir, al medio ambiente y su entorno), y en segundo lugar porque los delitos sobre la ordenación del territorio y el patrimonio histórico ya tienen una cláusula similar<sup>1155</sup>.

---

<sup>1153</sup> No hay que olvidar que los arts. 109, 110 y 112 CP ya regulan la reparación del daño, incluso con obligaciones de “dar, hacer o no hacer” que también podrían dar respuesta satisfactoria a las necesidades ambientales y urbanísticas.

<sup>1154</sup> VID. ACALE SÁNCHEZ, *Delitos Urbanísticos*, cit., 1997, p. 94;

Según ROMÁN GARCÍA, en *Delitos sobre la Ordenación del Territorio*, en *Derecho Penal Administrativo* (Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente), cit., 1997, p. 135, las medidas del art. 339 CP pueden ser adoptadas en cualquier momento del proceso, es decir, no sólo en la fase de enjuiciamiento, sino también en la fase de instrucción.

<sup>1155</sup> En efecto, el art. 319.3 estipula que “En cualquier caso, los Jueces y Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. Por su parte, el art. el art. 321 párrafo 2º. dice: “En cualquier



En mi opinión la redacción del precepto parece deficiente. En efecto, las medidas de restauración así como las cautelares irán a cargo del “autor del hecho”. Sin embargo, la cuestión estaría en saber qué ha de entenderse por ello. ¿Podrá ir también la medida a cargo del “partícipe” del hecho? Desde luego creo que la respuesta debería ser negativa.

Asimismo considero que estas medidas pueden ser adoptadas sobre las autoridades o funcionarios públicos tanto respecto a las conductas del art. 329 CP, como si los citados sujetos fueren considerados autores de los artículos 325 ó 328 del CP (previsiblemente en concurso ideal con el art. 404 CP).

Siguiendo el criterio de LASO MARTÍNEZ<sup>1156</sup> el hecho de que las medidas hayan de acordarse motivadamente por el Juez, supone que también haya de hacerse con la audiencia del interesado. En efecto, si en el art. 129 CP se exige esta audiencia no hay motivo para que no suceda lo mismo en el 339 CP.

#### IV. La Cláusula del artículo 340 del CP.

La disposición del art. 340 CP establece que *“si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los Jueces y Tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas”*.

Se fija aquí una atenuación cualificada bastante equivalente a la del art. 21.5<sup>a</sup>. del CP (reparación del daño ocasionado), aunque en esta última la atenuación sólo suponga la aplicación de la mitad inferior de la pena fijada para cada delito<sup>1157</sup>.

---

caso, los Jueces y Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la reconstrucción o restauración de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

<sup>1156</sup> LASO MARTÍNEZ, *Urbanismo y Medio ambiente en el NCP (Con referencias a la sentencia del TC de 20-3-1997)*, cit., 1997, p. 198.

<sup>1157</sup> Véase art. 66.1 regla 1<sup>a</sup>. CP.

Llama la atención que se haga referencia al “culpable” en vez “autor del hecho”, según acontece en la disposición que le precede (art. 339 CP), lo cual supone que se deberá de incluir a todos los posibles partícipes del hecho delictivo.

Esta cláusula del art. 340 CP requiere que la reparación sea voluntaria, con la dificultad que ello conlleva, ya que la voluntariedad del sujeto activo de la infracción es un elemento subjetivo difícilmente constatable desde la objetividad que requiere el enjuiciamiento jurisdiccional de una conducta<sup>1158</sup>.

Esta atenuación cualificada difícilmente va a poder aplicarse a los funcionarios públicos que incurran en las conductas de los delitos de los arts. 320, 322 y 329 CP ya que, por el hecho de haber informado, concedido o votado favorablemente licencias ambientales o urbanísticas ilegales, difícilmente van a poder reparar el daño *ambiental* de forma voluntaria. En efecto, la forma que se me ocurre que podrían realizar esta reparación del daño causado sería la de paralizar de forma inmediata - en virtud de las facultades que ostentan- la obra en cuestión (y que habrían informado a favor o autorizado ilegalmente). No obstante, considero que esto no tendría el carácter de “voluntaria” puesto que si así lo hicieren estarían actuando simplemente en cumplimiento de un deber que imperiosamente le incumbe por la posición de su cargo.

---

<sup>1158</sup> vid. al respecto BLANCO LOZANO, *El Delito Urbanístico*, cit. 2001, p. 182.





**CONCLUSIONES FINALES Y VALORACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 320,  
322 Y 329 CP**

Una vez llevada a cabo la presente investigación las conclusiones a las que he llegado pueden ser expuestas de la siguiente forma:

1ª.) La decisión del legislador penal español de 1995 -siguiendo la línea establecida por los diferentes anteproyectos o proyectos habidos al respecto- de introducir unos tipos penales de responsabilidad específica funcional relativa a los delitos *ambientales* (ordenación del territorio, patrimonio histórico y ambiente) hay que considerarlo acertada. Es más debería haberse extendido también a los delitos relativos a la protección de la flora y fauna.

Si el Derecho Comunitario y nuestra Ley Fundamental dan a estos bienes jurídicos tan significativa protección y si nuestra Constitución encargaba a los poderes públicos velar por ellos, a la vez que les prohibía cualquier tipo de arbitrariedad y se les exigía máximo respeto al principio de legalidad, no es difícil entender la introducción en el CP de 1995 de unos tipos funcionariales específicos y *ambientales*, especialmente cuando la protección penal de la ordenación del territorio, patrimonio cultural y el medio ambiente ha sido asumido doctrinalmente casi por unanimidad.

La política criminal adoptada al respecto, como no podía ser otra, ha ido dirigida a la evitación del atentado contra la ordenación del territorio, el patrimonio histórico o los recursos naturales con el oportuno adelantamiento de las barreras de protección a través de los delitos de peligro abstracto y haciendo hincapié en la actividad de policía administrativa.

El problema ha surgido en la forma y contenido –un tanto defectuosa- en que han quedado plasmados finalmente tales tipos penales específicos en el texto punitivo.

2ª.) Los arts. 320, 322 y 329 CP conllevan -cada uno- la protección de dos bienes jurídicos colectivos. Uno genérico que tiende al correcto ejercicio de la función pública y otro específico cuales son la protección de la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y el ambiente, respectivamente. El hecho de que estos tipos penales específicos hayan quedado insertados en el Tit. XVI, y no en el Tit. XIX del Libro II del CP, nos hace pensar que el bien preferente serán los *ambientales* referi-

dos, sin que ello signifique olvidar en ningún momento la protección genérica del correcto funcionamiento de la función pública.

3ª.) En el sentido anteriormente indicado es necesario concretar al máximo el contenido material de los bienes jurídico-penales aludidos, los cuales deberán estar dotados de autonomía propia. En efecto, en el bien jurídico-penal genérico llamado “correcto ejercicio de la función pública (o de la Administración pública)”, lo protegido y amparado será la confianza de los ciudadanos en el ejercicio del poder administrativo de acuerdo con los principios del Estado de Derecho; es decir, el interés público del pleno sometimiento de las resoluciones administrativas a la ley vigente, debiéndose vincular igualmente con los principios de objetividad e imparcialidad a los que aluden los arts. 103 y 106 CE. Estaremos, eso sí, ante un bien jurídico “de referencia” que luego quedará concretado en los arts. 320, 322 y 329 CP por el interés particular que se satisface respecto al ejercicio de la actividad urbanística, ambiental o relativa al patrimonio cultural, que será el motivo y fundamento preferente de estos tipos delictivos.

En lo que se refiere al bien jurídico colectivo de la ordenación del territorio, la protección pretendida en el art. 320 CP ha de ser el uso y aprovechamiento racional y equilibrado del suelo de acuerdo con los intereses generales de la ciudadanía. Esta distribución del suelo se habrá de lograr mediante la planificación o planeamiento legalmente estipulada llevada a cabo por el hombre. Ello hace prever que la faceta que se pretende proteger en el Cap. I del Tit. XVI del CP no es esencialmente la urbanística, sino también la relativa a esa ordenación en el sentido de *planificación* como búsqueda de un equilibrio entre numerosos intereses contrapuestos relativos al desarrollo de los asentamientos humanos.

En cuanto al bien jurídico penal del patrimonio histórico la tutela jurídico-penal específica del art. 322 CP será no sólo la pretensión de asegurar la necesaria preservación de los valores culturales de los propios bienes (limitados a tan sólo los *edificios* protegidos culturalmente), sino también la función social que desempeñan éstos como instrumentos de acceso por parte de todos los ciudadanos a su propia cultura. Lo que interesa respecto a este patrimonio (indiferentemente de su valor económico) son las señas de identidad de las civilizaciones y de las culturas de los pueblos de

España, sus propias características intrínsecas y los valores objetivos de que son portadores y que originan un interés común.

Finalmente respecto al bien jurídico colectivo denominado medio ambiente el legislador penal optó en el Cap. III, por un concepto de “ambiente” eminentemente “natural” en el que se intenta proteger el conjunto del entorno natural en el sentido de “equilibrio de los sistemas naturales”. Por tanto, el contenido material que subyace respecto a este bien en el art. 329 CP (al igual que en el resto de los delitos del Cap. III del Tit. XVI Libro II CP) ha de ser la realidad física que componen los recursos naturales, cuales son el agua, la atmósfera, el suelo etc. y sus propiedades intrínsecas, así como la interrelación de los subsistemas subsistentes entre ellos (ecosistema) a los efectos de su permanente mantenimiento.

4ª.) El delito de prevaricación común del art. 404 CP no puede cubrir en exclusividad estas responsabilidades funcionariales específicas ambientales, ya que no recoge todo el contenido del injusto concurrente en las mismas, en las cuales es doble. A su vez los arts. 320, 322 y 329 CP no suponen globalmente -desde el punto de vista técnico penal- delitos de prevaricaciones específicas. En efecto, las conductas del silenciamento del 329 CP (y previsiblemente en un futuro próximo del art. 320 CP), la emisión de informes a favor o su omisión (cuando estos sean preceptivos), la votación a favor de la concesión de la licencia cuando esta finalmente no es otorgada como resultado del escrutinio etc., no pueden ser conceptuadas como *prevaricaciones* -ni siquiera específicas- al carecer de carácter decisorio.

5ª.) Los delitos analizados han sido configurados por el legislador como delitos de peligro abstracto puros en donde el adelantamiento de la intervención penal en algunas conductas tipificadas es un tanto excesivo. Partiendo del principio de la peligrosidad general, bastará que la conducta realizada coincida con la descrita en el tipo para que exista el delito. Nos hallamos ante tipos eminentemente formales en donde no se requiere resultado material alguno, lo cual no creo que haya sido acertado. En efecto, en este tipo de técnica de tipificación en muchos casos se corre el riesgo de abarcar más de lo que se quiere abarcar, identificándose lo “ilícito” con lo penalmente ilícito, penándose gravemente lo que a la postre no se demuestra como gravemente lesivo.



Salvo la ofensa que concurre en todas las conductas de los artículos analizadas en cuanto al “correcto ejercicio de la función pública” de la Administración, no cabe determinar un desvalor del resultado en cuanto a los tres bienes *ambientales* específicamente protegidos.

Por eso hubiera sido más correcto que el legislador hubiera hecho uso, respecto a la técnica de tipificación, de los delitos de peligro hipotéticos o de idoneidad en los cuales sólo se hubiera castigado los comportamientos hoy mencionados en los arts. 320, 322 y 329 CP cuando se presentase de modo claro la peligrosidad de la conducta funcional como concreta idoneidad o capacidad *ex-ante* del comportamiento para la producción del efecto temido. Es decir, que la acción de la autoridad o funcionario muestre una capacidad de peligrosidad suficiente, desde una perspectiva *ex-ante*, para la producción del riesgo temido. Así se podría hablar de un *desvalor potencial* de resultado en estos preceptos que afianzaría la exigencia de ese “*algo más*” -al estilo de los arts. 325 y 328 CP cuando se exige que “*pueda perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales* (ecosistemas)”- que habría de requerirse como contenido del injusto de los tipos penales analizados, más que la mera realización de la conducta típica como acontece en la actualidad.

6ª.) La accesoriedad administrativa utilizada en los arts. 320, 322 y 329 CP está plenamente justificada en tanto que la materia de prohibición es objeto de una regulación un tanto variable y abundante. Sin embargo, es más que dudoso que las citadas remisiones a estas normas penales en blanco en los delitos analizados se ajusten a las exigencias asentadas por la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, especialmente en cuanto a lo referido al núcleo esencial de la prohibición y en cuanto a la certeza y concreción de las mismas. Ello aparte de la falta de concreción del nivel de riesgo jurídico-penalmente relevante en relación con los bienes protegidos relativos a la ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente.

7ª.) La esencia de las conductas tipificadas en los delitos estudiados, y realizadas por las autoridades y funcionarios públicos, es que son llevadas a cabo en el “ejercicio de las funciones públicas” que le son inherentes, debiéndose entender por tal idea, desde un punto de vista estricto, al conjunto de intereses de cuya tutela o prestación

se hace cargo el Estado ya sea directamente o indirectamente a través de actos de delegación.

El gran problema en los tiempos actuales es la continua mezcla entre lo privado y lo público. La delimitación clara y taxativa existente décadas atrás entre estos ámbitos se diluye cada vez más en los tiempos actuales. Hoy en multitud de ocasiones la función de la Administración pública se desenvuelve a través de sociedades mercantiles con capital público o incluso a través -especialmente en el ámbito del control e inspección ambiental- de las llamadas Entidades Colaboradoras de la Administración (ECAs). Por ello desde el punto de vista jurídico-penal se debería tender a concretarse un concepto de “ejercicio de funciones públicas”, establecido en el art. 24.2, *in fine*, CP (reproducción casi idéntica del art. 119 del ACP de 1973), acorde a los tiempos actuales, puesto que “funcionario público” y “función pública” son conceptos que han de ser diferenciados ya que mientras aquél siempre realiza funciones públicas, éstas pueden ser realizadas por personas que no reúnan esa condición funcional.

8ª.) En base a lo anterior, la especificación por parte del legislador de las “autoridades y funcionarios públicos” como sujetos activos de estos delitos relativos a la ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente, resulta un tanto desafortunada puesto que esa duplicidad es reiterativa desde el momento en que la autoridad es funcionario público durante todo el espacio de tiempo que ocupe el cargo. Hubiera sido más aconsejable fijar como sujetos activos a los “funcionarios públicos o facultativos”, según se estipulaba en el PANCP de 1983, pues así se hubiera podido incluir (como autores de los mismos) a las personas sobre las que pueden recaer las esenciales funciones de control y asesoramiento a las que se hacen alusión en los arts. 320, 322 y 329 CP.

En cualquier caso sólo serán sujetos activos de estos delitos, los funcionarios públicos (incluidas las autoridades) sobre los que recaigan competencias relativas a la ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente; por tanto, a estos sujetos se les presumirá una mínima cualificación en dichas materias.

Dentro del concepto de “autoridad” se incluirán tanto a los Alcaldes y Concejales como a los Tenientes de Alcaldes y a los Decanos de los Colegios Profesionales. Dentro del concepto de “funcionarios públicos” a los Diputados de las Juntas de Go-

bierno de los Colegios profesionales en tanto que son nominados por elección *legal* y participarían en el ejercicio de las funciones públicas cuando la Administración les encargase emitir un informe relativo a alguna de las tres materias *ambientales* que nos interesan, y siempre que actuasen como representante de la Corporación profesional.

Por el contrario, no podrá identificarse como funcionario público al personal laboral, al personal de empresas privadas concesionarias de servicios público o participado con capital del Estado, al personal de las Entidades privadas Colaboradoras de la Administración (ECAs) y a los expertos o asesores externos-independientes o a los vinculados por arrendamientos de servicios por su falta de participación en las funciones públicas

9ª.) Respecto a los elementos objetivos comunes de los delitos analizados, habrá que indicar que la “injusticia” de los arts. 320, 322 y 329.2 CP es plenamente equiparable a la “manifiesta ilegalidad” expresada a través del tipo del art. 329.1 CP debiéndose tener en cuenta al respecto que al exigirse ese requisito, lo que subyace es que las conductas funcionariales sean “arbitrarias”.

Respecto a la conducta “informante favorable” resulta difícilmente entendible que el legislador no haya establecido como sujeto activo de las mismas a sujetos pluripersonales o colegiados, en conformidad a como se ha hecho respecto de los apartados segundo de los delitos estudiados. Este elemento típico se ha referir a cualquier tipo de informe siempre que sea favorable (vinculantes, facultativos, *ad hoc* etc.), debiéndose excluir los “visados” y las declaraciones y evaluaciones de impacto ambiental. Lo trascendental será que el informe favorable haya sido firmado por el funcionario y que se haya incorporado al mundo jurídico mediante su aportación al expediente administrativo.

10ª.) Según están redactados los arts. 320, 322 y 329 CP, en lo referente a las conductas informantes a favor y concedentes de licencias ilegales relativas a la ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente, se puede decir que no requieren ninguna exigencia más que la propia realización de tales conductas. No cabe exigir la necesidad de la concesión de la licencia ilegal o la ejecución de la obra para que el informe a favor sea típico. El legislador no ha dejado rastro alguno

de querer vincular -e incluso hacer depender- la conducta informante (a favor) de la conducta del otorgamiento de las licencias ilegales, ni tampoco de que para que éstas sean típicas sea preciso la ejecución de las edificaciones, derribos o alteraciones o instalaciones de actividades contaminantes referidos en los tipos básicos (arts. 319, 321 y 325 CP)

11ª.) La “licencias” típicas a las que se refieran los artículos estudiados han de ofrecer una mínima apariencia formal suficiente como para que, efectivamente, puedan ser objeto de tráfico jurídico. Sin embargo, lo trascendente al respecto no es que pudieran adolecer de alguna causa de nulidad plena o relativa (anulabilidad), sino que lo relevante es que constituyen infracción penal desde el momento en que el comportamiento del funcionario público constata su carácter manifiestamente injusto y arbitrario y proceda a otorgarla conscientemente de lo que hace. Es decir, lo relevante es que el empleado público quiera dictar un acto administrativo que sabe irregular e ilegal, indiferentemente de que la nulidad que pueda devenir sea más o menos trascendente.

Igualmente hay que hacer hincapié en que las licencias subsumibles dentro del art. 329 CP serán el conjunto de ellas que tengan como finalidad la autorización de actividades realmente contaminantes para el entorno. Por su parte las licencias aludidas en el art. 320.2 CP serán todas aquellas que se refieran al aprovechamiento y uso del suelo y que tengan relación real con la ordenación del territorio. Respecto al art. 322 CP el legislador, lamentablemente, olvidó incluir expresamente el elemento típico de la “concesión de la licencia” en este delito, por lo que poco se puede decir sobre ello.

12ª.) En el ámbito de la ordenación del territorio, patrimonio histórico y del medio ambiente no cabe la consecución de la licencia ilegal por silencio administrativo positivo por parte del funcionario público al particular en tanto que la normativa administrativa estatal vigente impide la concesión de licencia *contra legem*.

13ª.) La referencia que se hace en los artículos analizados al delito de prevaricación común (art. 404 CP) es disfuncional y perturbadora, produciendo un efecto negativo. Hubiera sido mucho más acertado que el legislador hubiera especificado o asignado

-como se hacía en los textos prelegislativos de la ley orgánica de Código penal- la pena cumulativa de inhabilitación especial en la extensión que se hubiere estimado pertinente, al margen de la prevaricación común, para evitar conectarlo con este último delito.

14ª.) Las conductas omisivas de los funcionarios públicos con competencias definidas en los ámbitos de la ordenación del territorio y del patrimonio histórico, relativas a tolerar irregularidades o a silenciar infracciones que observasen en sus pertinentes inspecciones, deberían haberse tipificado de modo expreso en los arts. 320 y 322 del CP, puesto que difícilmente cabría aplicar estos tipos penales a los servidores públicos acudiendo a la figura de la comisión por omisión, al estar antes delitos con ausencia de resultado alguno.

15ª.) En la conducta de los apartados segundo de los arts. 320, 322 y 329 CP consistente en “votar a favor”, al no establecerse expresamente que ello haya de suponer el otorgamiento mismo de la licencia, concurre una equiparación entre la tentativa y la consumación nada deseable en el sentido de que el voto a favor del funcionario que posteriormente resultara fallido, al denegarse la concesión de la licencia en el escrutinio final de la votación, daría igualmente pie a la consumación del delito mismo por parte del funcionario.

En la forma en que está redactado este tipo penal no concurre nexo causal alguno entre el hecho de votar a favor por parte del funcionario y la concesión misma de la licencia arbitraria. El voto a favor de la concesión de la licencia arbitraria por parte del funcionario debe considerarse típica desde el momento en que se emite el mismo. Sin embargo entiendo que la conducta de “votar a favor” por parte del funcionario debería ser atípica -con una diferente redacción de los arts. 320.2 y 329.2 CP- cuando la concesión de la licencia ilegal se rechazase, una vez realizado el escrutinio final de votos.

Al tipificarse únicamente el voto a favor será claramente atípico el voto en contra de la concesión de la licencia ilegal. Asimismo serán atípicos a título de autor la abstención del funcionario público en la votación del órgano colegiado, su ausencia en la votación o su voto nulo o en blanco emitido durante la misma. Por el contrario

será típica la conducta del asentimiento de los miembros del órgano colegiado siempre que se dirigiese a concederse la licencia ilegal, a sabiendas de ello.

En cualquier caso será típica la conducta de la autoridad o funcionario que vota a favor de la concesión ilegal cuando ésta ha sido concedida, *independientemente del momento en el que emita su voto*: dicho sujeto activo responderá como autor de los delitos que se analizan tanto si su voto positivo es realizado antes de que se conforme la mayoría del órgano colegiado como cuando ésta ya está lograda y se ha concedido la licencia ilegal. Ello tiene que ser así ya que el acuerdo de concesión de la licencia ilegal sólo existe una vez que se ha producido el recuento de todos los votos y se pueda constatar la mayoría tendente a concederse las licencias ilegales a las que se refieren los arts. 320.2 y 329.2 CP: todos los votos a favor configuran globalmente el acuerdo antijurídico y reproable.

16ª.) En cuanto se refiere al art. 320 CP lo primero que se advierte es su desvinculación con el tipo penal básico del art. 319 CP. Por eso los elementos típicos del “informe favorable a la concesión de licencias ilegales” (apartado uno) y “su concesión injusta” (apartado dos) ha de referirse a cualquier tipo de licencia (y por tanto no sólo a las relativas a las construcción y edificaciones ilegales referidas en el art. 319 CP) que implique, eso sí, una vulneración de normas urbanísticas grave relacionadas con el aprovechamiento y uso del suelo y que, por tanto, tenga en cuenta el interés a protegerse (la ordenación del territorio).

Dentro de este elemento típico, la conducta de informar la concesión de una licencia ilegal de parcelación sí que debe de subsumirse en el tipo del art. 320.1 CP en cuanto que éstas requieren de licencia previa que además se informan; por el contrario, actualmente, los informes a favor que tiendan a conceder autorizaciones para las urbanizaciones ilegales no serán subsumibles en este art. 320.1 CP. Acertadamente esta cuestión quedó aclarada en el Proyecto de Ley de 15 enero de 2007 de modificación del CP en el cual se tipificaba de manera expresa la conducta de informar a favor proyecto de urbanización, construcción o edificación (actualmente esto acontece en el Anteproyecto de LO de modificación de CP de 14-11-2008).

Por su parte, las recalificaciones ilícitas del suelo, al haber quedado excluidas del art. 320CP, sólo podrían perseguirse por la vía del art. 404 CP con los enormes inconvenientes y desigualdades punitivas que ello acarrea. En efecto, mientras que

las autoridades o funcionarios que arbitrariamente aprobasen o modificasen un plan general urbanístico en el pleno de una Corporación local, en el peor de los casos, sólo serían castigados con una pena de inhabilitación especial (de siete a diez años), con el gravísimo daño que acarrearía a la ordenación del territorio (pues podría permitir la construcción de grandes urbanizaciones), otro funcionario (p.ej. arquitecto municipal) que informase a favor de la concesión de una licencia para construir una sola vivienda en una zona no urbanizable podría ser condenado, aparte de la citada pena de inhabilitación especial, a otra cumulativa nada menos que de prisión de hasta dos años. La desproporcionalidad en cuanto a la relación pena-gravedad de la conducta y afectación al bien jurídico es enorme entre ambos sujetos activos reseñados. En mi opinión estas conductas relativas a la aprobación o modificación arbitraria de los planes urbanísticos -por ser indiscutiblemente las más dañinas para la ordenación del territorio- deberían tipificarse expresamente en el art. 320 CP.

La infracción o contrariedad de las normas a las que se refiere el art. 320.1 CP no sólo serán las urbanísticas, sino que también se incluirán las relativas a la ordenación territorial en el sentido referido al uso y aprovechamiento racional del suelo, tal y como corrigen el Proyecto de Ley de 15-1-2007 y el Anteproyecto de 14-11-2008, ambos de modificación del CP, respecto al actual texto vigente. Por tanto, por “normas urbanísticas” habrá de entenderse toda aquella serie de normas (estatales, autonómicas o en su caso, municipales) que se refieran al uso y aprovechamiento del suelo y que tiendan a ordenar el territorio español de manera equilibrada. En las mismas se incluirán limitadamente las ordenanzas municipales urbanísticas en el sentido de que solo deberán de tenerse en cuenta el contenido de las mismas en lo que se refiere a los aspectos que pueden realmente poner en riesgo el bien que pretendidamente se intentar tutelar (la ordenación territorial). Igualmente podrán incluirse dentro de ese elemento típico los Planes de Ordenación Urbanística municipales o las Normas Subsidiarias en la medida en que indirectamente se ataque la pertinente legislación estatal o autonómica del suelo.

17ª.) Por lo que se refiere al art. 322 CP (cuyo objeto sobre el que recae la conducta típica es el mismo que el indicado en el art. 321 CP: “derribo o alteración grave de edificios singularmente protegidos”) el ámbito de aplicación de la protección penal del patrimonio histórico que se hace en el mismo es un tanto limitado puesto que

sólo se dirige a los *edificios* singulares incluidos en dicho patrimonio, excluyéndose otra serie de bienes inmuebles de importantísima trascendencia para el patrimonio cultural español como pudieran ser teatros, puentes, viaductos, yacimientos, jardines históricos etc.

Dentro del art. 322.1 CP el informe supone propuesta injusta y favorable a la demolición o desaparición física (total o parcial) del edificio singular, debiéndose indicar que también los informes ilegales favorables a la demolición de los edificios (singulares) declarados en ruina podrían ser subsumibles en este tipo penal (esto precisamente bajo el principio reconocido en la norma administrativa de que la declaración de ruina no supone que un inmueble culturalmente protegido haya de suponer su derribo automático). Por su parte la alteración mencionada en el art. 322.1 CP supondrá el cambio de la esencia o cualidades del edificio que afecte grave, negativa y relevantemente a los elementos que componen su valor cultural.

La “singularidad” como elemento típico supone una decisión de otros ordenes normativos administrativos, debiéndose incluir dentro de este tipo penal los informes funcionariales favorables e injustos relativos a los edificios singulares que ya han sido así declarados, como aquellos que están en vías de declararse en tal sentido por tener incoado en pertinente expediente.

Por su parte el concepto de “edificio” ha de interpretarse restrictivamente debiendo quedar vinculado a una finalidad constructiva que tienda al uso o habitación de personas. Precisamente por eso habría sido más acertado que el legislador hubiera hecho referencia, como elemento típico del art. 322 CP, a los “bienes inmuebles singulares” en el cual se hubiera podido incluir cualquier otro tipo de monumentos como acueductos, puentes, jardines etc. que tuvieran trascendencia histórico-cultural.

18ª.) El art. 329 CP, a través de la referencia expresa “a los artículos anteriores”, aparece acertadamente conectado al tipo básico del art. 325 CP o al 328 CP, haciendo alusión a los comportamientos recogidos en éstos.

Cuando el delito del art. 329 CP menciona el “funcionamiento de las industrias y actividades contaminantes”, se está refiriendo a la ejecución por parte del sujeto activo de las funciones que le son propias y cuyo cometido podrán ser las extracciones, vertidos, excavaciones etc. de sustancias materiales las cuales requieren de un con-



trol administrativo normativizado en tanto que acarrear o pueden acarrear un perjuicio ambiental.

Igualmente la amplia conducta omisiva del silenciamiento (en sentido de ocultación) de las infracciones normativas de los funcionarios públicos acontecidas por motivo de sus inspecciones (art. 329.1 CP) supone ineludiblemente que estos servidores públicos tengan competencias específicas para la realización de las mismas (que serán medioambientales). Este conducta debería haberse sancionado posiblemente de forma mayor que la de “informar a favor” de la concesión de la licencia.

Este delito debería haber ido posicionado después del art. 330 CP para que así afectara a éste, cosa que en la actualidad no acontece.

19ª.) La relación entre los apartados segundo y primero de los delitos analizados en este trabajo acarrea especial dificultad por lo que respecta al art. 322 CP. Si bien es difícil entender que el legislador olvidara incluir en el primero de sus apartados una referencia al “informe a favor de la concesión de las licencias ilegales para el derribo o alteración de los edificios singularmente protegidos” (refiriéndose este delito sólo a los informes favorables de los proyectos), más difícil es entender que esa laguna no se haya corregido ni en las modificaciones habidas hasta el momento del NCP, ni en el actual Anteproyecto de 14-11-2008 de modificación del citado texto punitivo.

La omisión citada, consistente en la falta de alusión a las “licencias” en el delito del art. 322 CP, hace que su apartado segundo teóricamente quede vacío de contenido, ya que la “concesión” a la que se refiere el art. 322.2 CP no podría ir dirigida a las licencias que permitan el derribo o la alteración de los edificios histórico-culturales al no quedar tipificado ese elemento -que sin duda es la pretensión real que tiene el mismo en similitud con los art. 320.2 y 329.2 del CP-, salvo que se quiera hacer uso de interpretaciones analógicas, inadmisibles en el Derecho Penal, relacionadas con los arts. 320.2 y 329.2 CP. Por tanto, sería factible defender una interpretación restrictiva del art. 322.2 CP según la cual sería atípica la conducta de la autoridad o del funcionario público que concediera por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado -a sabiendas de su injusticia- una licencia para el derribo o la alteración de un edificio singularmente protegido, precisamente debido a que el art. 322.1 CP sólo se refiere a “proyectos”. Sin embargo, sí que podrían ser típicas al

amparo del art. 320.2 CP, siempre y cuando que la concesión de la licencia ilegal - por parte del funcionario u órgano funcionarial colegiado- para el derribo o alteración de los edificios singulares supongan también la infracción de normas urbanísticas o de la ordenación del territorio (lo cual sucederá en multitud de ocasiones).

Para corregir esta laguna en el art. 322.2 CP se debería reemplazar la expresión “su concesión” por el elemento típico de “concesión de las licencias necesarias para el derribo o alteración aludidos en el anterior párrafo”.

20ª.) El elemento subjetivo de los delitos estudiados viene mediatizado por el término “a sabiendas”, el cual debe entenderse como la realización de la conducta con conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo por parte del funcionario (entre ellos, por tanto, el conocimiento de la “injusticia” o “arbitrariedad”). Actuará de esta forma quien sabe o prevé con seguridad que el hecho, para el que la Ley presupone una actuación consciente, ha sucedido u ocurrirá. Este “conocimiento” deberá concurrir en el momento de emprenderse la acción ejecutiva y durante ésta, aunque no será imprescindible el conocimiento del curso causal concreto mediante el que se realiza la acción. Por tanto, solamente incurrirán en estos delitos las autoridades o funcionarios públicos que, conociendo plenamente la ilegalidad de su informe favorable, licencia o voto a favor, proceden a su ejecución, siendo conocedores de la arbitrariedad que van a acarrear.

Cabrán tanto el dolo directo de primer grado como de segundo grado ya que a través del elemento “a sabiendas” lo que se quiere reflejar es un “dolo reforzado” o la concurrencia plena del conocimiento por parte del funcionario de su conducta antijurídica y contraria a la normativa urbanística, ambiental o relativa al patrimonio cultural, y dicho elemento cognitivo subyace en estas dos formas de dolo directo a las que me estoy refiriendo. Por el contrario, no debe tenerse por admisible la apreciación del dolo eventual puesto que el conocimiento pleno y seguro de todos los elementos objetivos que representa el componente subjetivo “a sabiendas” no se produce cuando el sujeto activo asume la probabilidad real o tiene dudas de que su acción pudiese ser antijurídica. Esta “probabilidad” no puede equipararse a “certeza”.

La expresión “a sabiendas de su injusticia” de los dos apartados de los arts. 320 y 322 y del apartado segundo del art. 329 CP no parece del todo convincente por la

confusión que crea el vincularse un elemento subjetivo con otro objetivo (la injusticia, arbitrariedad o ilegalidad). En efecto, con este elemento parece que al aspecto cognitivo (doloso) se le hace depender del *nivel de intensidad o gravedad objetiva* de la infracción de las leyes que pueda contener la licencia o informe (a favor), cuando lo más correcto hubiera sido que el concepto indeterminado “a sabiendas” se remitiese al ámbito exclusivo del dolo, mientras que la “injusticia” del funcionario se dirigiese al conjunto de los elementos objetivos del tipo, es decir al campo de la ilegalidad en que emite el informe o la licencia.

En cuanto a la forma de comisión imprudente en estos tres delitos no cabe, aunque desde luego el legislador la debería haber previsto. Esto no quiere decir que -en el ámbito ambiental estricto- la autoridad o funcionario público que informa o vota a favor o concede licencia ilegal que autoricen el funcionamiento de industrias o actividades contaminantes, no pueda responder criminalmente por imprudencia, en su caso, por la vía del art. 325 CP, ante la existencia de la cláusula de incriminación imprudente del art. 331 CP.

21ª.) Los delitos objeto de este trabajo quedarán consumados, en cuanto a la primera de sus conductas establecidas, cuando el funcionario público, dolosamente, redacta y firma su informe favorable y opuesto a la normativa relativa a la ordenación territorial, patrimonio histórico o ambiental, incorporándose al expediente administrativo pertinente, independientemente de que posteriormente la licencia se conceda o no.

En cuanto a la única conducta omisiva establecida en estos delitos, como es la del “silenciamiento” del art. 329.1 CP, la consumación se llevará a cabo cuando la autoridad o funcionario, una vez desplazado al lugar en donde tenga que llevar a cabo una inspección que le compete, viendo y comprobando manifiestas y palpables infracciones jurídico ambientales, decidiese conscientemente no reflejarlas en la pertinente acta que tiene que extender para entregársela al funcionario que ha de resolver.

Por su parte, la conducta de “conceder por sí mismo la licencia ilegal” de los apartados segundo de estos delitos se consumaran en la misma forma a como acontece en el art. 404 del CP, es decir, en el momento de ser dictada -dolosamente- la licencia injusta y arbitraria referida a las materias antedichas.

Por último, en cuanto a la consumación de la conducta de “votar a favor de la concesión de la licencia ilegal”, la misma se producirá en el momento en que, con pleno conocimiento de su ilegalidad, la autoridad o funcionario público emite el voto a favor de la concesión de la licencia injusta, independientemente del momento de la emisión del voto e independientemente del recuento final del escrutinio (el cual pudiera conllevar el no otorgamiento de la licencia ilegal).

En cuanto a la tentativa en estos delitos -bien se trate en su forma acabada o inacabada- es enormemente dificultoso determinar la posibilidad de su concurrencia.

22ª.) El sistema punitivo establecido por el legislador en los delitos objeto de este trabajo resulta un tanto incoherente, constatándose una total falta de criterio adecuado que exprese una correcta proporcionalidad entre la conducta realizada y los bienes jurídicos protegidos. Las penas establecidas en estos delitos son en ciertos aspectos benévolas teniéndose en cuenta los importantes intereses cuestionados y el carácter pluriofensivos de éstos.

Hay que considerar desacertada la circunstancia de que las tres conductas tipificadas en los arts. 320 y 322 CP (cuatro en el art. 329 CP al quedar plasmada la conducta omisiva del “silenciamiento”) tengan el mismo tratamiento penológico, pues debe entenderse que la concesión de la licencia *per se* o a través de la votación del órgano colegiado supone un mayor peligro o riesgo para los bienes colectivos que se tratar de amparar en los delitos objeto analizados.

La primera pena cumulativa fijada -que tendrá la consideración de grave- es la de la prevaricación común (art. 404 CP), lo cual produce equívocos al parecer que nos hallamos ante “prevaricaciones específicas”, lo cual no es así. Hubiera sido más acertado que el legislador, directamente, hubiera asignado la pena de inhabilitación especial que considerase adecuada y proporcional a la entidad del hecho injusto, sin hacerse expresa mención al art. 404 CP. Esta pena de la “inhabilitación especial para empleo o cargo público” conllevará, en conformidad con el art. 42 CP, la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, aunque sea electivo, y de los honores que le sean anejos, así como la incapacidad para obtener el mismo *u otros análogos*, durante el tiempo de la condena.

Al mismo tiempo resulta inexplicable que la segunda de las penas (menos grave y cumulativa a la del art. 404 CP) que aparecen en estos artículos estudiados, sea

alternativa, consistiendo en prisión o multa según el criterio arbitrario del juzgador, cuando en los tipos básicos de los arts. 319, 321 y 325 CP acontece lo contrario, pues es cumulativa pese a que sólo se protege un bien jurídico.

La falta de uniformidad en cuanto a la pena de prisión es patente ya que mientras los arts. 320 y 322 CP fijan el límite máximo en tan sólo dos años (pese a tratarse de delitos pluriofensivos), con la posibilidad de beneficiarse de la remisión condicional con la suspensión de la ejecución de la condena privativa de libertad, el art. 329 CP lo fija en tres años. Mucho más acertado hubiera sido no sólo fijar el carácter cumulativo de las penas de prisión y multa de los arts. 320, 322 y 329 CP, sino también elevar los seis meses de límite mínimo de la prisión establecida en estos tres delitos y unificar su límite máximo en el mismo tiempo de duración (y que posiblemente debería ser, al menos, de tres años de prisión, que es la que se establece en los arts. 329, 319.1 y 321 CP).

Siguiendo con la línea de incomprensión penológica del legislador, en los delitos objeto de la Tesis se fijó un sistema en la pena de multa opuesto al de la prisión, lo cual no es aceptable desde el punto de vista del principio constitucional de proporcionalidad. En efecto, mientras que el límite mínimo de la pena de prisión es uniforme de seis meses, en su pena alternativa de la multa la uniformidad del límite mínimo desaparece en cuanto que el art. 329 CP lo fija en ocho meses mientras que los arts. 320 y 322 CP lo fijan en doce meses sin que se quepa explicación justificativa alguna de esta decisión del legislador. Sin duda alguna debería corregirse este desajuste punitivo y fijarse un límite mínimo similar en las penas de prisión y multa de los arts. 320, 322 y 329 CP, aparte de establecerse el carácter cumulativo de tales penas en vez del alternativo actualmente vigente.

23ª.) Las autoridades y funcionarios públicos con competencias en ordenación territorial, patrimonio histórico y medio ambiente pueden responder penalmente por vía distinta a los tipos de los arts. 320, 322 y 329 CP, en tanto que lo importante es aprehender todo el desvalor del hecho concurrente en la conducta del servidor público, que en el caso que nos atañe es pluriofensiva.

La relación concursal entre las normas (leyes) de los arts. 320, 322 y 329 CP con los arts. 319, 321 y 325 CP ha de entenderse que es de subsidiariedad tácita según se establece en el art. 8 regla 2ª, inciso final, del CP en donde aquéllos serían los subsi-

diarios y éstos los principales. Sin embargo, la relación entre las normas de los arts. 320, 322 y 329 CP y el art. 404 CP se regirán por el principio de especialidad (art. 8 regla 1ª. CP) en donde aquellos serán los preceptos especiales y éste el precepto general.

No es posible estimar concurso ideal de delitos entre los arts. 320, 322 y 329 CP con los llamados delitos básicos (319, 321 y 325/328 CP) en tanto se produciría una situación *bis in idem* respecto al bien colectivo *ambiental*. Tampoco cabría este tipo de concurso de delitos entre los arts. 320, 322 y 329 CP con el art. 404 CP en tanto que concurriría igualmente un *bis in idem* no sólo en considerarse dos veces el arts. 404 CP, sino que también se produciría una doble valoración de la ofensa al llamado correcto funcionamiento de la función pública.

A los efectos de evitar un efecto privilegiado del funcionario público en relación con el particular, cuando aquél pudiere ser considerado como autor o, en su caso, participe de los delitos de los arts 319, 321. 325.1 ó 328 CP cometidos por particular, habría que considerar la existencia de un concurso ideal de delitos entre los arts. 319, 321 y 325 (ó 328) y el art. 404 todos ellos del CP. Ello supone el que en buena medida pueda hablarse del carácter residual de los arts. 320, 322 y 329 CP, los cuales serían aplicables únicamente a los casos en los que las autoridades o funcionarios públicos (al informar a favor, conceder o votar también favorablemente licencias urbanísticas o *ambientales* claramente ilegales) no tuviesen vinculo alguno con las conductas recogidas en los arts. 319, 321, 325.1 ó 328 CP.

24ª.) El legislador penal no debería dejar pasar la ocasión para que, una vez recibido el anteproyecto del Gobierno de 14-11-2008 de modificación parcial de la Ley Orgánica del CP, subsanase las muchas dificultades e incorrecciones que presentan estos delitos funcionariales específicos y que han sido analizados en esta investigación.







## **BIBLIOGRAFIA**



**ABAD PÉREZ, José Javier:** “Las administraciones públicas, el control jurisdiccional y el medio ambiente”, RPJ número especial IV, 1989, pp.31-63.

**ABANTO VÁSQUEZ, Manuel:** “Acerca de la teoría de bienes jurídicos”, Revista Penal LL, nº, 18, julio 2006, pp. 3-44.

**ACALE SÁNCHEZ, María:** “La protección penal del ambiente frente a las agresiones urbanísticas en la legislación italiana“, CPC nº, 60, año 1996.

- *Delitos Urbanísticos*, Ed, Cedesc, Barcelona 1997.

- “Delitos sobre la ordenación del territorio“, en Derecho Penal del Medio Ambiente, dir. Terradillos Basoco, ed. Trotta, Madrid 1997.

- “La responsabilidad del funcionario público y de la autoridad en el Tit, XVI del CP: Especial referencia al art. 320“, RPJ nº. 47, 1997, pp. 115-144.

- “Tratamiento de la corrupción urbanística en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del CP de 15 de enero de 2007“, La Ley Penal, RDPPyP, nº. 38, año IV, Madrid 2007, pp. 4-30.

**AGUIAR DE LUQUE, Luis/BLANCO CANALES, Ricardo:** “Comentarios a los arts. 9, 45, 46, 47 y 53 CE”, en Constitución española 1978-1988, tomo I, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1988, pp. 29-195.

**ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup>. Carmen:** “El ámbito de aplicación del art. 329 CP: examen de sus conductas típicas“, RDPCr, 2<sup>a</sup>. época nº. 9, enero 2002, pp. 11-37.

**ALCÁCER GUIRAO, Rafael:** “La protección del futuro y los daños cumulativos”, RECPC, 04-08, año 2002, Web: <http://criminnet.ugr.es/recpc>, pp. 1-30.

**ALGUACIL GÓMEZ, Julio:** *Calidad de vida y praxis urbana*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid 2000.

**ALONSO GARCÍA, Consuelo/MORENO MOLINA, José Antonio:** “Técnicas jurídicas de protección ambiental: instrumentos de intervención administrativa”, en Lecciones de Derecho de medio ambiente, 3<sup>a</sup>. ed., Lex Nova, Valladolid 2002, pp. 121-136.

**ALONSO IBÁÑEZ, M<sup>a</sup>. del Rosario:** *Los espacios culturales en la ordenación urbanística*, Ed, Civitas, Madrid 1994.

**ÁLVAREZ CID, José:** *CP de 1870*, Librería de Juan Font, Córdoba 1908.

**ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco José:** “Bien Jurídico y Constitución“, CPC, nº, 43, año 1991.

**ALZAGA VILLAMIL, Oscar:** *La Constitución española de 1978 (Comentario sistemático)*, ed. Del Foro, Madrid 1978, pp. 131-350.

**AMENÓS ALAMO, Juan:** *La Inspección Urbanística: Concepto y Régimen Jurídico*, ed. Cedecs, Barcelona 1999.

**ANTEPROYECTO DE CP 1992**, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid 1992.

**ANTOLISEI, Francesco:** *Manuale di Diritto penale, Leggi Complementari*, II- I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica, 12ª ed, CF Grosso, ed. Dott. A. Giuffrè. Milano 2008.

- *Manuale di Diritto penale, Parte speciale II*, 14ª ed. L. Conti, ed. Dott. A. Giuffrè, Milano 2003.

**ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos/ALARCÓN NAVÍO, Esperanza:** *El CP francés*, traducido y anotado, 2ª. ed., actualizada a enero de 2003, ed. Comares, Granada 2003.

**ARIAS DÍAZ, Mª.Dolores:** "Daños al medio ambiente derivados de vertidos de aguas", en *La Protección del Medio Ambiente en el Ordenamiento Jurídico español*, coord. Ruiz-Rico Ruiz, Universidad de Jaén, Jaén 1995, p. 392.

**ARIAS EIBE, Manuel José:** *El Patrimonio Cultural, La nueva protección en los arts, 321 a 324 del CP* de 1995, ed. Comares, Granada 2001.

**BACIGALUPO ZAPATER, Enrique:** *Principios de Derecho Penal, Parte General*, 5ª ed., ed. Akal, Madrid 1998.

- "La problemática constitucional de las leyes penales en blanco y su repercusión en el Derecho penal económico", en *Curso de Derecho Penal Económico*, dirección Enrique Bacigalupo, Marcial Pons, Madrid 1998.

- "La posición de garante en el ejercicio de fuentes de vigilancia en el ámbito empresarial", en *La responsabilidad penal de las sociedades. Actuación en nombre de otro. Responsabilidad de los consejos de administración. Responsabilidad de los subordinados*, CDJ, nº, 7, año 1994, CGPJ, pp. 61-77.

- "La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente", en *EPC*, Universidad de Santiago de Compostela, tomo V, año 1980-81, pp. 218-229.

- "Sobre la reforma de los delitos de funcionarios", *Documentación Jurídica* nº. 37/40, vol. 2, año 1983.

**BAIGUN, David:** "Republica Federal Alemana, Decimoctava Ley de Reforma del CP, Ley para la Represión de la Criminalidad Ambiental", *Doctrina Penal* 1982.

**BAJO FERNÁNDEZ, Miguel:** "Marco constitucional del Derecho Penal económico", en *Comentarios a la legislación penal*, tomo I, dir.: Cobo del Rosal, coord.: Bajo Fernández, Eder-sa, Madrid 1982.

**BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción:** "La Organización Administrativa de las Bellas Artes. Unas reflexiones de futuro", en *Patrimonio Cultural y Derecho*, nº. 1, 1997.

- *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, ed. Civitas, Madrid 1990.

**BARRIENTOS PACHO, Jesús Mª:** "Delitos relativos a la ordenación del territorio", *La Ley*, tomo 6, año 1996, pp. 1555-1561.

- “El delito urbanístico en los Tribunales de Justicia”, en Delitos contra el Urbanismo y la Ordenación del Territorio, De la Mata Barranco (Editor), IVAP, Oñati, 1998,
- BASSOLS COMA, Martín: “El Medio Ambiente y la Ordenación del Territorio, Documentación Administrativa, número extraordinario 190, abril-junio 1981, pp. 407-439.
- “Régimen Jurídico de la impugnación de los informes vinculantes en el procedimiento de las Autorizaciones ambientales integrales (AAI)”, RDUyMA, nº 200, marzo 2003, pp. 221-248.
- BAUCELLS LLADÓS, Joan**: “Comentarios a los arts, 320, 322 y 329 CP”, en ComCP, Parte Especial, tomo I, directores Córdoba Roda/García Arán, Marcial Pons 2004, pp. 1421-1378.
- BELTRÁN ABADÍA, Ramón/CORVINOS BASECA, Pedro/FRANCO HERNÁNDEZ, Yolanda**,: “Los nuevos delitos sobre ordenación del territorio y la disciplina urbanística”, RDUyMA, nº. 151, 1997.
- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis**: “El medio ambiente en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Revista de Administración Pública, nº. 134, 1994.
- BELTRANI, Sergio**: *Corso di Diritto Penale, Parte generale e parte speciale*, 3ª. ed., editorial Cedam, Padova 2008, p. 128.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio**: “El medio ambiente como bien jurídico protegido”, en El Delito Ecológico, coord. Terradillos Basoco, Trotta, Madrid, 1992.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/ARROYO ZAPATERO, Luis/GARCÍA RIVAS, Nicolás/FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/SERRANO-PIEDRECASA FERNÁNDEZ, José Ramón**: *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 2ª. ed., Praxis, Barcelona 1999.
- BERNAL VALLS, Jesús**: “Delitos contra la ordenación del territorio”, Curso impartido en la Fiscalía General del Estado sobre Nuevas formas de delincuencia económica, 30 de Septiembre a 2 de octubre de 1996,
- BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés/MUÑOZ LLORENTE, José**: “El caso Aznalcollar: comentario al auto de archivo de las diligencias desde la perspectiva jurídico-administrativa y penal”, Revista interdisciplinaria de Gestión ambiental nº. 127, marzo 2001.
- BLANCO CORDERO, Isidoro**: “El Derecho Penal y el Primer Pilar de la Unión Europea”, en RECPC, publicación el 9 de julio de 2004, en Internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc>
- BLANCO LOZANO, Carlos**: “La posible inconstitucionalidad de las normas penales en blanco”, diario LL nº. 5243, de 8 febrero 2001.
- “La afanosa delimitación de la tipicidad en el delito”, APen nº 19, mayo 2002.
- “El Derecho Penal tutelador del medio ambiente y los recursos naturales”, Revista de Derecho Ambiental, nº. 17, 1996.
- *El Delito Urbanístico*, ed. Montecorvo, Madrid 2001.

- “Introducción a la problemática de la protección jurídico-penal del ambiente“, CPC nº. 63, año 1997, ed. Edersa.
- “Acerca de algunas cuestiones básicas del Derecho penal ambiental en el nuevo CP de 1995“, CPC nº. 60, año 1996, ed. Edersa.
- *La protección del Medio ambiente en el Derecho penal español y comparado*, Comares, Granada 1997.
- “El problema del sujeto en los delitos sobre la ordenación del territorio“, RDPCr nº, 7, Septiembre 2002, Lex Nova.
- “La Protección penal del Urbanismo en el ámbito de la función pública“, CPC, nº. 76, año 2002, pp. 77-108.
- BLASCO DÍAZ, José Luis:** *Ordenanza Municipal y ley*, Madrid-Diputación de Castellón 2001.
- BOIX REIG, Javier:** “Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente“, en *Derecho Penal, Parte Especial*, coord. Vives Antón, 2ª, ed. actualizada conforme al CP de 1995, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- BOIX REIG, Javier/JAREÑO LEAL, Ángeles:** “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente“, en *ComCP de 1995*, vol. II, coord. Vives Antón, Tirant lo Blanch, Valencia 1996.
- BOIX REIG, Javier/JUANATEY DORADO, Carmen:** “Comentarios arts. 320 y 322 del CP“, en *Comentarios al CP de 1995*, vol. II, coord. Vives Antón, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, pp. 1582-1606.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan:** “Política criminal e injusto (Política criminal, bien jurídico, desvalor de acto y resultado)“, *Revista Internacional de Derecho Penal*, nº. 1, 1978, pp. 121-134.
- “Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el CP de 1932)“, *RFDUCM*, monográfico 11, 1986, pp. 147-164.
- “Necesidad de pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente“, en *Pena y Estado*, nº. 1 PPU, Barcelona 1991, pp. 101-109.
- *Manuel de Derecho Penal, Parte General*, 4ª, Edición aumentado y puesta al día por Hormazábal Malarée, PPU, Barcelona 1994.
- *Manuel de Derecho Penal, Parte Especial*, ed. Ariel, Barcelona, 1986.
- CANCIO MELIÁ, Manuel:** “La responsabilidad del funcionario por delitos contra el medio ambiente en el CP español, *ADPCP*, tomo LII, 1999, pp. 137-175.
- “Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito“, en *Jakobs/Cancio Meliá, Conferencias sobre temas penales*, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé (Argentina), 2000.
- *Comentarios al CP*, dir. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid 1997.

**CARBALLEIRA RIVERA, M<sup>a</sup>. Teresa:** “El procedimiento de evaluación de impacto ambiental”, en Comentarios a la legislación de Evaluación de impacto ambiental, dir.: Tomás Quintana López, 1<sup>a</sup>. ed., Madrid, Civitas 2002.

**CARBONELL MATEU, Juan Carlos:** “Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos”, en Intereses difusos y derecho penal, CDJ, n<sup>o</sup>. XXXVI, CGPJ, Madrid, 1994, pp. 9-22.

- “En torno a los intereses de titularidad colectiva “, en Protección Internacional del Medio Ambiente y Derecho Ecológico, Directores: De la Cuesta Arzamendi y Fernández Casadevante, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1987.

**CARMONA SALGADO, Concepción:** “Delitos sobre la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico”, en Derecho Penal Español, Parte Especial, Cobo del Rosal (Director), Dykinson, 2<sup>a</sup>. ed. Madrid, 2005, pp.670-681.

- “Delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente, las flora, la fauna y los animales domésticos. Disposiciones comunes”, en Derecho Penal Español, Parte Especial, Cobo del Rosal (Director), 2<sup>a</sup>. ed. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 695-716.

- “Delitos sobre el patrimonio histórico”, en Derecho Penal Español, Parte Especial, Cobo del Rosal (Director), 2<sup>a</sup>. ed., Dykinson, Madrid, 2005, p. 682-691.

- “Consideraciones críticas en torno a algunos delitos urbanísticos”, en La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, LH-Cerezo Mir, editores José Luis Díez Ripollés, Carlos M<sup>a</sup>, Romeo Casabona, Luis Gracia Martín y Juan Felipe Higuera Guimerá, Tecnos 2002, pp. 1205-1219.

**CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl,** *Derecho Penal y Derecho sancionador de la Unión Europea*, ed. Comares, Granada 2001.

**CARO CORIA, Dino Carlos:** La estabilidad del ecosistema como Bien Jurídico-Penal y su Protección mediante la Técnica de los Delitos de Peligro, Análisis Dogmático de la Regulación del CP español de 1995, Salamanca 1998.

- *El Derecho penal del ambiente, Delitos y técnicas de tipificación*, 1<sup>a</sup>. ed., editorial Gráfica Horizonte, Lima 1999.

**CARRASCO-MUÑOZ DE VERA, Carlos:** “El medio ambiente, Los movimientos sociales: aspectos sociológicos y cívicos”, en RPJ número especial IV: medio ambiente, CGPJ, 1989, pp. 15-27

**CASABÓ RUIZ, José Ramón:** “Introducción al estudio de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, en Escritos Penales, Universidad de Valencia, Valencia, 1979.

- “Comentarios a los arts. 23-119”, en ComCP, tomo II, de Rodríguez Mourullo/Córdoba Roda, Ariel, Barcelona 1976.

**CASAS BARQUERO, Enrique:** “Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el CP español“, Documentación jurídica julio-sept, 1978.

**CASQUERO SUBIAS, Antonio:** “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente “, Cuadernos de la Guardia Civil, nº. 15, 1996.

**CASTRO BOBILLO, Carlos:** “Los delitos contra la ordenación del territorio”, APen 1997-1.

**CASTRO SIMANCAS, Pedro:** “Los delitos sobre el patrimonio histórico en el CP de 1995”, Tapia, año XVI, nº. 99, marzo-abril 1998.

**CEREZO MIR, José:** *Curso de Derecho Penal español, Parte General, Tomo I, Introducción*, 5ª, ed. 1996, editorial Tecnos.

- *Curso de Derecho Penal español, Parte General, Tomo II*, 6ª, ed., 1998, editorial Tecnos

- *Curso de Derecho Penal español, Parte General I*, 3ª. ed., 1985, editorial Tecnos.

- “Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo”, ADPCP, nº. 28, 1975.

**COBO DEL ROSAL, Manuel:** “Examen crítico del párrafo 3., del art. 119 CP español, (Sobre el concepto de funcionario público a efectos penales)”, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo XLIV, nº. 2, Febrero 1962.

**COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás:** *Derecho Penal, Parte General*, 5ª. ed., Tirant lo Blanc, Valencia 1999.

**COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel Ángel:** “La protección penal del medio ambiente en Alemania (RF), Francia e Italia”, en Derecho y Medio Ambiente, CEOTMA/MOPU, Madrid, 1981.

**COBREROS MENDAZONA, Eduardo:** “Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado”, Revista Vasca de Administración Pública, nº. 19, 1987.

**CP:** Exposición de motivos de la Reforma Urgente y Parcial del CP de 25 de junio de 1983.

**COLÁS TURÉGAÑO, Mª. Asunción:** “EL art, 347 bis ¿ruptura con el principio de legalidad? (Comentario a la sentencia 173/91 del Juzgado de lo Penal número 3 de Valencia)”, RPJ, nº. 22, año, 1992, pp. 313-225.

**CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido:** “Protección penal del medio ambiente, Cuestiones generales”, en RPJ, número especial IV: medio ambiente, CGPJ año 1989, pp. 67-88.

- “Comentarios a los arts, 320, 322 y 329 del CP”, en CP, Doctrina y Jurisprudencia, tomo II, dir.: Cándido Conde Pumpido Ferreiro, Trivium, Madrid 1997, pp. 3204-3264.

- “Complementariedad de la tutela penal y la administrativa sobre el medio ambiente, Problemas que suscita desde la perspectiva del derecho penal “, en Las Fronteras del CP de 1995 y el Derecho administrativo sancionador“, CDJ, CGPJ, Madrid 1997, pp. 437-486.



**CÓRDOBA RODA, Juan:** “Nuevas formas del delito y principio de intervención mínima”, LL 1996-3.

**CÓRDOBA RODA, Juan/RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo:** Comentarios al CP, Tomo I, arts, 1-22, Ariel, Barcelona 1976.

**CÓRDOBA RODA, Juan/RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo/DEL TORO MARZAL, Alejandro/CASABÓ RUIZ, José Ramón:** Comentarios al CP, tomo II, arts, 23-119, Ariel, Barcelona 1976.

**CORCOY BIDASOLO, Mirentxu,:** “Los delitos relativos a la ordenación del territorio y el medio ambiente: una perspectiva criminológica”, en Corcoy Bidasolo/Ruidiaz García: Problemas criminológicos en las sociedades complejas, Pamplona 2000.

- Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supra-individuales, Tirant lo Blanc, Valencia 1999.

**CUELLO CONTRERAS, Joaquín:** Jurisprudencia y prevaricación, LL 1993-1.

- “Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal”, ADPCP, nº. 35, 1981, pp. 461-483.

**CUERDA ARNAU, M<sup>a</sup>. Luisa/MIRA BENAVENT, Javier:** RPJ nº 28, diciembre 1992, CGPJ Número monográfico sobre el Proyecto de Ley Orgánica del CP, “Jornadas sobre la reforma del CP (anteproyecto de 1992)” celebradas el 15 y 16 mayo 1992 en la Universidad de Valencia , pp. 207-225.

**CUESTA PASTOR, Pablo:** *Delitos obstáculos: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, 1<sup>a</sup>. ed., Comares, Granada 2002.

**DANNECKER, Gerhard:** *Evolución del Derecho Penal y sancionador comunitario europeo*, traducción Carmen Bascón Granados, Marcial Pons, Madrid 2001.

**DARNACULLETA I GARDELLA, M<sup>a</sup>. Mercé:** *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid 2005.

**DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ:** “Las urbanizaciones ilegales en Andalucía”, en Informe especial al Parlamento de Andalucía, Julio de 2000.

**DE OTTO, Ignacio:** Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes, Ariel Derecho, 2<sup>a</sup>. ed. 1998.

**DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge:** “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente: um ponto de vista português”, en A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica 81, Colloquia 13, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora 2005, pp. 179-202.

**DEL CASO JIMÉNEZ, Teresa:** “Comentarios al Título XVI del Libro Segundo del CP”, en CP, Comentarios y Jurisprudencia (arts, 238 a 639), tomo II, coordinador Julián Sánchez Melgar, ed. Sepin, Madrid 2004, pp. 1623-1674.

**DEL TORO MARZAL, Alejandro:** “Comentario al art. 119 del CP”, en ComCP, Tomo II, dir., Córdoba Roda, Ariel, Barcelona 1976.

**DE LA CUESTA AGUADO, Paz M<sup>a</sup>:** “La accesoriedad administrativa del Derecho penal del medio ambiente”, La Red: <http://inicia.es/de/pazenred/Accesoriedad.htm>

- “El bien jurídico y su función en el Derecho Penal”, La Red: <http://inicia.es/de/pazenred/norma32.htm>,

**DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis:** “La Ley alemana de Reforma del CP para la lucha frente a la criminalidad contra el ambiente”, CPC, n.º. 18, 1982.

- “Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente Tit. XIII, L. II, PANCP 1983”, Documentación Jurídica, n.º. 37/40, vol. II, 1983, pp. 879-936.

- “Consideraciones acerca de los delitos sobre la ordenación del territorio a la luz del derecho comparado”, en Delitos contra el Urbanismo y la ordenación del territorio, De la Mata Barranco (editor), IVAP, Oñati, 1998, pp. 197-221.

- “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Cap. III, Tit. XVI, Libro II del NCP de 1995”, APen n.º. 15, 13 al 19 abril 1998, t. 1998-1.

- Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo CP de 1995, APen n.º. 15, 1998, pp. 309-328.

**DE LA GANDARA VALLEJO, Beatriz:** “Delitos contra el medio ambiente”, en Curso de Derecho Penal Económico, Dir. Bacigalupo Zapater, Marcial Pons, Madrid 1998.

**DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier:** “Art. 320.1: prevaricación específica en el caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas”, en Delitos contra el Urbanismo y la Ordenación del Territorio, Editor De la Mata Barranco, IVAP, Oñati 1998, pp. 129-175.

- *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, ed. Cedecs, Barcelona, 1996.

- “La construcción de tipos específicos a partir de la participación en un hecho ajeno: el ejemplo de las denominadas prevaricaciones especiales”, en Quintero Olivares/Morales Prats (coord.), El “Nuevo Derecho Penal español, LH-José Manuel Valle Muñiz”, Aranzadi, Pamplona 2001, pp. 1217-1248.

- “La obligación de control de la Administración en relación a delitos cometidos por particulares. El ejemplo de los delitos contra el ambiente”, en Delitos contra la Administración Pública, Asúa Batarrita (editora), IVAP, Vitoria, 1997, pp. 391-407.

**DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA:** *Disposiciones y Comentarios*, edición de Diez-Hochleitner Rodríguez, Javier/Martínez Capdevila, M<sup>a</sup>. del Carmen, McGrawHill y Ciencias Jurídicas, 2001.

**DE VEGA RUIZ, José Augusto:** *Delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995*, ed. Colex, Madrid 1996.

**DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario:** *Responsabilidad Penal del Funcionario Público por Delitos contra el Medio Ambiente*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

- “La responsabilidad penal del funcionario público o autoridad en materia de ordenación del territorio“, en Sanción penal y sanción administrativa en materia de ordenación del territorio, coord. Terradillos Basoco, Sevilla, 1997.

- “La responsabilidad penal de la Administración urbanística: el párrafo 2º. del art. 320 del CP“, en Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, De la Mata Barranco (editor), IVAP, Oñati, 1998, pp. 177-195.

- “Derecho penal del medio ambiente“, en Lecciones de Derecho del medio ambiente, Dir.: Ortega Álvarez, 3ª. ed., Lex Nova, Madrid 2002, p. 509.

**DÍAZ PITA, Mª. del Mar:** *El dolo eventual*, Tirant lo Blanc, Valencia 1994.

**DÍEZ PICAZO, Luis:** “El principio de legalidad penal en la Constitución española“, en Aranzadi Repertorio del Tribunal Constitucional, año 2001, tomo I.

**DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis:** “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista“, Jueces para la Democracia, nº. 30, 1997, pp. 10-19.

- *Prácticas ilícitas en la actividad urbanísticas: un estudio de la Costa del Sol*, Tirant lo Blanch, Valencia 2004.

**DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José:** “Intervención en el uso del suelo“, en Derecho urbanístico estatal y autonómico, coord. Tomás Quintana López, Tirant lo Blanc, Valencia 2001.

**DOMÍNGUEZ LUIS, José Antonio:** “Delitos sobre la ordenación del territorio“, en Delitos relativos a la ordenación del territorio y protección del patrimonio histórico, medio ambiente y contra la seguridad colectiva (delitos de riesgo catastrófico e incendios), Bosch, Barcelona 1999, pp. 65-85.

**DOMÍNGUEZ LUIS, José Antonio/FARRÉ DÍAZ, Esteban:** *Los Delitos relativos a la ordenación del territorio*, ediciones Revista General de Derecho, Madrid, 1999.

**DOMPER FERRANDO, Javier:** *El Medio Ambiente y la intervención administrativa en las actividades clasificadas*, vol. I, Planteamientos Constitucionales, Civitas, Madrid 1992.

- “El medio ambiente: Planteamientos constitucionales“, en Derecho del Medio Ambiente, Gómez Orfanel (Coordinador), Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, vol. XVI, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid 1995.

**DOVAL PAIS, Antonio:** *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Tirant lo Blanch-Universidad de Valencia, Valencia, 1999.

**ENTRENA CUESTA, Rafael:** *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I/1, 11ª. ed., editorial Tecnos, Madrid 1995.

- “Comentario al art. 46”, Comentarios a la CE de 1978, Civitas, Madrid 1980.

**ESCANILLA PALLÁS, Miguel:** “La responsabilidad de los funcionarios ante los delitos urbanísticos en los Tribunales de Justicia”, en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, editor De la Mata Barranco, IVAP, Oñati, 1998.

**ESCOBAR ROCA, Guillermo:** *La Ordenación Constitucional del Medio Ambiente*, Dykinson, Madrid 1995.

**ESER, Albin:** “Derecho ecológico”, trad. De la Cuesta Arzamendi/Sanz Moran, Revista de Derecho Público, nº. 100-101, año XI, 1985, pp. 603-647.

**ESTEVE PARDO, José:** *Autorregulación, Génesis y Efectos*, Colección Divulgación Jurídica, Aranzadi 2002.

**ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier:** “Conclusiones de la mesa redonda. La responsabilidad de los funcionarios ante los delitos urbanísticos en los Tribunales de Justicia” en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, De la Mata Barranco (editor), IVAP, Oñati, 1998, pp. 239-251.

**FALCON CARO, Mª. del Castillo:** “Responsabilidad penal del Funcionario, Art. 329 del CP”, CPC, nº. 66, año 1998, pp. 673-685.

- “El delito ecológico en la jurisprudencia criminal española”, CPC nº. 59, año 1996, ed. Edersa, pp. 511-526.

**FARRÉ DÍAZ, Esteban:** “Delitos relativos a Protección del Patrimonio histórico-artístico”, en *Delitos relativos a la ordenación del territorio y protección del patrimonio histórico, medio ambiente y contra la seguridad colectiva (delitos de riesgo catastrófico e incendios)*, Bosch, Barcelona 1999, pp. 136-147.

**FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo:** “Delitos contra la Administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas”, LL, 1997, nº. 4251.

- “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo”, CPC nº. 65, año 1998, pp. 269-364.

**FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón:** “El medio ambiente en la Constitución española”, Documentación administrativa nº. 190 extraordinario, abril-junio 1981, pp. 337-349.

- “El problema del medio ambiente y la actividad industrial: aspectos jurídicos”, RDUyMA nº, 29, 1972.

- “Derecho, medio ambiente y desarrollo”, REDA, nº, 24, Madrid 1980.

- *El medio ambiente urbano y las vecindades industriales*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1973.

- *Manual de Derecho urbanístico*, 12ª. ed., Abella, Madrid 1997.
- *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid 1994.
- FERRAJOLI, Luigi:** *Derecho y Razón*, traducción P. Andrés Ibáñez y otros, ed. Trotta, Madrid 1995.
- FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos:** *El Delito Contable*, Praxis, Barcelona, 1988.
- FIANDACA, Giovanni/MUSCO, Enzo:** *Diritto Penale, Parte Speciale*, vol. I Zanichelli, Bologna 1997.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO:** Memoria elevada por el Fiscal General del Estado al Gobierno, Madrid 1997.
- FRISCH, Wolfgang:** “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa, Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo”, traducción de Paredes Castañón, en Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, coordinadores Mir Puig/Luzón Peña, Bosch, Barcelona 1996, pp. 99-126.
- FUENTES BODELÓN, Fernando:** Calidad de Vida, Media Ambiente y Ordenación del Territorio, Textos Internacionales, CEOTMA/CIFCA, Madrid, 1982.
- GÁLVEZ MONTES, Fco. Javier:** “Comentario a los arts, 45 y 47 de la CE”, en Comentarios a la Constitución española de 1978, coord. Garrido Falla, Civitas, Madrid 1980.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes:** *La prevaricación judicial*, Tecnos, Madrid 1990.
- “Remisión normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, EPC, tomo XVI, 1993.
- “La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos en el CP de 1995”, Revista Aragonesa de Administración Pública, dic. 1997.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón:** *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, 4ª. ed. Civitas, Madrid 1993.
- “La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delitos ante la doctrina del Tribunal Constitucional sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación”, en REDA nº, 98, abril-junio 1998.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo/PAREJO ALFONSO, Luciano:** *Lecciones de Derecho urbanístico*, Madrid 1981.
- GARCÍA PÉREZ, Octavio:** “El tipo de las denominaciones específicas de los arts, 320 y 329”, La Red: [http://www.isel.org/cuadernos2/legislacion/O\\_garcia.ht](http://www.isel.org/cuadernos2/legislacion/O_garcia.ht).
- “Algunas reflexiones sobre la denominada prevaricación específica del artículo 320 del CP”, en La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo, LH Cerezo Mir, editores José

Luis Díez Ripollés, Carlos M<sup>a</sup>, Romeo Casabona, Luis Gracia Martín y Juan Felipe Higuera Guimerá, Tecnos 2002, pp. 1259-1280.

**GARCÍA PLANAS, Gabriel:** *El Delito Urbanístico, (Delitos relativos a la Ordenación del Territorio)*, Tirant lo Blanc, Valencia 1997.

**GARCÍA VALDÉS, Carlos:** “Notas sobre el Proyecto de CP de 1980”, Apéndice, Cuadernos de Documentación, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid 1980.

- El Proyecto de Nuevo CP de 1992. Dos estudios de Parte Especial, Tecnos 1992.

**GARRIDO FALLA, Fernando:** “Comentarios a los arts, 9, 53, 103 y 106 de la Constitución”, en Comentarios a la Constitución española de 1978, coord. Garrido Falla, Civitas, Madrid 1980.

**GIANNINI, Massimo Severo:** “Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici”, en Rivista trimestrale di Diritto pubblico, n.º. 2, 1975.

**GIMBERNAT ORDEIG, Enrique:** “Acerca del Dolo Eventual”, en Estudios de Derecho Penal, Tecnos, Madrid 1990.

- “La distinción entre delitos propios (puros) y delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión)”, en La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, LH Cerezo Mir, editores José Luis Díez Ripollés, Carlos M<sup>a</sup>, Romeo Casabona, Luis Gracia Martín y Juan Felipe Higuera Guimerá, Tecnos 2002.

**GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel:** “Sobre la teoría del bien jurídico (Aproximación al ilícito penal)”, RFDUCM, n.º. 69, 1983.

**GÓMEZ OREA, Domingo:** “Ordenación del territorio, Una aproximación desde el Medio Físico”, Instituto Tecnológico Geominero de España, Serie Ingeniería Geoambiental, Madrid 1994.

**GÓMEZ RIVERO, M<sup>a</sup>. Carmen:** “Algunos aspectos de la responsabilidad de los Funcionarios en materia ambiental”, LL, 1996-4, pp. 1239-1244.

- *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la Protección del Medio Ambiente y Ordenación del Territorio*, Tirant lo Blanc, Valencia 2000.

**GÓMEZ TOMILLO, Manuel:** *Urbanismo, función pública y derecho penal*, Comares, Granada 2000.

**GONZÁLEZ ALONSO, José Luis:** “La eficacia de los Planes generales carentes de publicación normativa, Efectos de una errónea interpretación de la doctrina del Supremo”, RDUy-MA, Julio-Agosto 2001.

**GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, Antonio:** “La responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa en delitos contra el medio ambiente”, LH- Rodríguez Mourullo, Thomsom Civitas, Madrid 2005, pp. 1489-1504.

**GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis:** “La nueva regulación de los delitos de los Funcionarios en el CP de 1995: la prevaricación”, CDJ nº. XXX, CGPJ, 1996, pp. 13-49.

- *El Delito de prevaricación de Autoridades y Funcionarios Públicos*, 2ª. ed. actualizada al CP de 1995, Tirant lo Blanc, Valencia 1997.

- *El Delito de prevaricación de Funcionario Público*, Tirant lo Blanc, Valencia 1994.

- “Los delitos relacionados con la emisión de informes y la tramitación de expedientes”, Revista Aragonesa de Administración Pública, dic. 1997, pp. 463-478.

- “Aspectos administrativos del delito de prevaricación, como figura residual del Derecho penal de la función pública”, en Estudios jurídicos, Ministerio Fiscal I, Cuestiones sobre el Ministerio Fiscal: Unidad, Dependencia y desconcentración, Derecho Administrativo y Derecho Penal, Madrid 1998.

- “Los delitos de los funcionarios públicos: cuestiones generales. La prevaricación como figura residual”, en Delitos de los funcionarios públicos, CDJ, CGPJ Madrid 1994, pp. 57-68.

**GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Joaquín:** “La protección penal del patrimonio histórico español. Aproximación a la situación actual”, CPC, nº. 53, Mayo 1994, pp. 485-523.

**GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús:** *Procedimiento Administrativo Municipal*, Editorial Abella, Madrid 1978.

**GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús/GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco:** *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento Administrativo Común*, 2ª ed., Civitas Madrid 1999.

**GONZÁLEZ RUS, Juan José:** “Presupuestos Constitucionales de la Protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico”, en Estudios Penales y Jurídicos, LH-Casas Barquero, Universidad de Córdoba, Córdoba 1996, pp. 287-307.

- “Punto de partida de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico”, ADPCP nº. 45, Fascículo I, enero-abril 95.

- *Curso de Derecho Penal español Parte Especial*, Tomo II, dir. Cobo del Rosal, Madrid 1997.

**GÓRRIZ ROYO, Elena:** *Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra el territorio en sentido estricto del art. 319 CP*, 1ª. ed., Tirant lo Blanc, Valencia 2003.

- *Los delitos de prevaricación urbanística*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2004.

- “Omisión y tolerancia administrativa en el Derecho Penal del medio ambiente, a propósito del art. 329.1.2º, del CP”, RDyPP, ed. Thomson Aranzadi, año 2005-2, nº. 14, pp. 25-60.

**GOSALBO BONO, Ricardo:** “El Derecho del medio ambiente a la luz del Derecho comparado y del Derecho de la Comunidad Económica Europea”, RPJ, nº, IV Especial: Medio Ambiente, CGPJ Año 1989, pp. 127-164.

**GRACIA MARTÍN, Luis/BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel/ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup>. Carmen:** *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del delito*, (Adaptado a las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre, 15/2003, de 25 de noviembre y 1/2004, de 28 de diciembre; con un Anexo legislativo y documental sobre el sistema de consecuencias jurídicas del delito en el Derecho español), coord. Luis Gracia Martín, Tirant lo Blanc, Valencia 2006.

**GUISASOLA LERMA, Cristina:** *Delitos contra el Patrimonio Cultural, Arts, 321-324 del CP*, Tirant lo Blanc, Valencia 2001.

**HASSEMER, Winfried:** *Persona, Mundo y Responsabilidad, Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, trad. Francisco Muñoz Conde y M<sup>a</sup>. del Mar Díaz Pita, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.

- “El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho penal eficaz”, en EPC, trad. Muñoz Conde, vol. XV, año 1990-91, pp. 183-198.

- “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico, en Doctrina Penal, Teoría y práctica en las ciencias penales”, trad. Patricia S. Ziffer, ed. Depalma, Buenos Aires 1989, pp. 275-285.

- “Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en Penal y Estado, n<sup>o</sup>. 1, PPU, Barcelona 1991.

- “Perspectivas del Derecho Penal futuro”, Revista penal, julio 1997.

- “Rasgos y crisis del Derecho penal moderno”, ADPCP 1992.

- “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?” trad. Beatriz Spínola Tártalo, en La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? edición española a cargo de Rafael Alcocer, M<sup>a</sup>. Martín e Íñigo Ortiz de Urbina, Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 95-104.

**HEFENDEHL, Roland:** “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, trad. M<sup>a</sup>. Martín Lorenzo, en La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, edición española a cargo de Rafael Alcocer, M<sup>a</sup>. Martín e Íñigo Ortiz de Urbina, Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 179-196.

- “De largo aliento: El concepto de bien jurídico, O qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico”, trad. Gonzalo Medina Schulz, en La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? edición española a cargo de Rafael Alcocer, M<sup>a</sup>. Martín e Íñigo Ortiz de Urbina, Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 459-476.

- “Las jornadas desde la perspectiva de un partidario del bien jurídico”, trad. María Martín Lorenzo, en La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de



abalorios dogmático? edición española a cargo de Rafael Alcocer, M<sup>a</sup>. Martín e Íñigo Ortiz de Urbina, Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 409-416.

**HEINE, Günter:** “Derecho penal del medio ambiente. Especial referencia al Derecho penal alemán”, CPC n<sup>o</sup>. 61, trad. Polaino Navarrete, año 1997, editorial Edersa.

- “El Derecho Penal Ambiental alemán y español: Un Estudio comparado desde la perspectiva de consideración de la futura Convención Europea sobre el Derecho penal del medio ambiente alemán”, CPC n<sup>o</sup>. 63, trad. Polaino Navarrete, año 1997, editorial Edersa.

- “Nuevos desarrollos nacionales e internacionales del Derecho penal del medio ambiente”, CPC, n<sup>o</sup>. 70, 2000.

- “Accesoriedad administrativa en el Derecho penal del medio ambiente”, ADPCP n<sup>o</sup>. 46, 1993, trad. De la Cuesta Aguado.

**HENNAU-HUBLET, Christiane:** “Cuestiones actuales del Derecho penal del medio ambiente en el Derecho penal belga”, CPC n<sup>o</sup>. 60, año 1996, editorial Edersa.

**HERNÁNDEZ ALONSO, Roberto J:** “Prevaricación específica de funcionario público en el área medioambiental”, AP, n<sup>o</sup>. 9, 1999, tomo I, pp. 180-202.

**HERZOG, Félix:** “Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales (una perspectiva crítica ante el Derecho Penal de peligro)”, RPJ n<sup>o</sup>. 32, 1993, pp. 79-88.

**HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán:** “El principio de lesividad y delito ecológico”, en El Nuevo Derecho penal español, Estudios Penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, coord. Quintero Olivares/Morales Prats, Aranzadi, Elcano (Navarra) 2001.

**HUERTA TOCILDO, Susana:** “Principios básicos del Derecho penal y el art. 325 del CP”, Revista Penal La Ley, julio de 2001, pp. 39-52.

- *Principales novedades de los delitos de omisión en el CP de 1995*, Tirant lo Blanc, Valencia 1997.

- “Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios”, en La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, LH a Cerezo Mir, editores José Luis Díez Ripollés, Carlos M<sup>a</sup>, Romeo Casabona, Luis Gracia Martín y Juan Felipe Higuera Guimerá, Tecnos 2002.

**INFORME RONAN DE LA AGENCIA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE “RETOS AMBIENTALES DE LA EUROPA MEDITERRANEA”,** en Sostenibilidad Ambiental. El papel de la Administración local, Valencia, Diputación de Valencia 2001.

**INFORME DEL PLENO DEL CGPJ SOBRE EL ANTEPROYECTO DEL CP DE 1992:** (Ponente D, Tomas S, Vives Antón).

**INFORME DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA SOBRE EL ANTEPROYECTO DE CP DE 1992,** en CPC, n<sup>o</sup>. 49, 1993.

**JAKOBS, Günther**,: *Derecho Penal, Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª, ed., trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid 1997.

- “¿Que protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, trad. Cancio Meliá, editorial Jurídica Cuyo, Mendoza 2001.

- *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Cuadernos Civitas, Madrid 1996.

- “Imputación jurídico-penal. Desarrollo del sistema a partir de las condiciones de vigencia de las normas”, trad. de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en *Problemas Capitales del Derecho penal moderno*, LH Hans Welzel, ed. Hammurabi SRL, Buenos Aires 1998.

- “Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos“, en *Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos y responsabilidad por el producto*, coord. Mir Puig y Luzón Peña, Bosch, Barcelona 1996, pp. 75-98.

- “La Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico“, en *Estudios de Derecho penal*, editorial UAM y Civitas, pp. 293-324.

**JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvina**: *El Derecho ambiental y sus principios rectores*, Dykinson, 3ª. ed., Madrid 1991.

**JESCHECK, Hans-Heinrich**: *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 4ª. ed., trad. José Luis Manzanares Samaniego, Comares, 1993.

**JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas**: *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5ª. ed., trad. Miguel Olmedo Cardenete, Comares, 2002.

**JORDANO FRAGA, Jesús**: *La Protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Bosch, Barcelona 1995.

**JORGE BARREIRO, Agustín**: “Reflexiones acerca de la reforma española de los delitos contra los intereses colectivos: dos casos paradigmáticos: arts. 347 bis (delito ecológico) y 348 bis a) (protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo) del CP”, en *Revista Foro Canario*, nº. 87, pp. 138-150.

- “El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995”, en *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Comares, Granada 2005, pp. 1-72.

**JUANES PECES, Ángel**: “La prevaricación de alcaldes: estudio sistemático del nuevo CP sobre esta materia“, *AJ Aranzadi*, nº. 279, 30 de enero 1997, pp. 1-3.

- “Delitos de los Funcionarios públicos“, *LL* nº. 4629, 16 de sept. 1998.

**KINDHÄUSER, Urs Konrad**: “Elementos fundamentales del Derecho penal medio ambiental alemán“, trad. de Vallejo Montero, *Revista de Ciencias Penales. Asociación española de Ciencias penales*, vol. 1, nº. 2, 2º. semestre 1998, pp. 497-514.

- “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico”, en LH a Klaus Tieddemann, trad. Molina Fernández, Madrid 1995.

**LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki/GARCÍA URETA, Agustín:** Intervención de los Poderes públicos en materia ambiental: principios generales, En “Derecho ambiental” (Dir, Lasagabaster Herrarte), IVAP, Oñati 2001, pp. 33-139.

**LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio:** *Código penal*, Thomson-Civitas 2004.

- “¿Que les corten la cabeza?”, en Claves de la Razón Práctica, nº. 145, septiembre 2004.

**LASO MARTÍNEZ, José Luis:** *Urbanismo y Medio ambiente en el nuevo CP (Con referencias a la sentencia del TC de 20-3-1997)*, Marcial Pons 1997.

**LERMA GALLEGU, Irene:** “El Delito ecológico”, CPC nº. 58, año 1996, ed. Edersa.

**LESMES SERRANOS, Carlos:** “Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en Derecho penal administrativo (ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente), Comares, Granada, 1997, pp. 291-391.

**LEY ORGÁNICA DEL CP, TRABAJOS PARLAMENTARIOS**, tomos I, II y III, Cortes Generales, Madrid 1996.

**LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo:** *Estudios sobre el nuevo CP de 1995*, edición a cargo de Bernardo Cobo del Rosal, Tirant lo Blanch, Universidad de Alicante y Colegio Abogados Alicante, Valencia 1997.

- *Manual de Derecho penal, Parte Especial*, tomo III, ed. Akal/Jure, Madrid 1992.

**LÓPEZ CERÓN, C:** “Delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente, la flora y la fauna”, en El Nuevo CP y su aplicación a Empresas y profesionales. Manual Teórico Práctico (IV), ed. Recoletos, Madrid 1996.

**LÓPEZ GARRIDO, Diego/GARCÍA ARÁN, Mercedes:** *El CP de 1995 y la Voluntad del Legislador*, Euro-juris, Madrid 1996.

**LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel:** *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid 1995.

**LÓPEZ MENUDO, Francisco:** “El derecho a la protección del medio ambiente”, RCEC, nº. 10, 1991.

**LÓPEZ RAMÓN, Fernando:** “Ideas acerca de la intervención administrativa sobre el medio ambiente”, Documentación Administrativa, nº. 190, año 1981.

- “Derecho ambiental como Derecho de la Función pública de protección de los recursos naturales”, en La protección jurídica del medio ambiente, coord. Valle Muñiz, Aranzadi, Pamplona 1997.

- “Aspectos administrativos de los delitos urbanísticos”, RDUyMA nº. 151, enero-febrero 1997.

- LOZANO MANEIRO, Amparo**, “Hacia una política penal común: posibilidades y obstáculos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº. 10, año V, julio/diciembre 2001, Centro de Estudios políticos y Constitucionales.
- LUZÓN CUESTA, José M<sup>a</sup>**: “Prevaricación”, en EPB, ed. Comares, Granada 2002, pp. 1025-1028.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel**: *Curso de Derecho Penal, Parte General*, ed. Universitas SA, Madrid 1996.
- MANGLANO SADA, Luis**: “Las sanciones administrativas en el medio natural y el medio ambiente”, en *Las Fronteras del CP de 1995 y el Derecho administrativo sancionador*, CDJ, CGPJ, Madrid 1997, pp. 381-433.
- MANTOVANI, Ferrando**: *Diritto Penale, Parte Generale*, 5<sup>a</sup>. ed., editorial Cedam, Padova 2007, p. 216.
- MARÍN GÁMEZ, José Ángel**: “Plusprotección ambiental y art. 45 de la CE”, en *La Protección del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Coordinador Ruiz-Rico Ruiz, Universidad de Jaén, Jaén 1995, pp. 234-252.
- MARQUÉS I BANQUÉ, M<sup>a</sup>**: “La aplicación del Derecho Comunitario en la interpretación de los tipos penales. Especial referencia al delito ecológico”, en *Revista de Ciencias penales. Asociación española de Ciencias Penales*, vol. 1 nº. 2, 2<sup>o</sup>. semestre 1998, pp. 360-385.
- MARTÍN GARCÍA, Pedro**: “Problemas procesales del dolo: Su prueba”, en *Elementos subjetivos de los tipos penales*, CDJ, CGPJ, Madrid 1994, pp. 220-235.
- MARTÍN MATEO, Ramón**: *Manual de Derecho Administrativo*, 22<sup>a</sup>. ed., año 2003, ed. Thomson&Aranzadi.
- “La calidad de vida como valor jurídico”, en *estudios sobre la Constitución española*, LH-G<sup>a</sup>. Enterria, tomo II, coord. Martín Retortillo, Civitas, Madrid 1991, pp. 1437-1453.
  - *Derecho Ambiental*, Madrid 1977.
  - *Tratado de Derecho Ambiental*, ed. Trivium, Madrid 1991.
  - *Manual de Derecho ambiental*, 3<sup>a</sup>. ed., Thomson/Aranzadi, Navarra 2003.
- MARTÍN PALLÍN, José Antonio**: “Urbanismo desenfrenado: una bomba de neutrones”, en *El País* 24 de enero 2006.
- MARTÍN REBOLLO, Luis**: “Medio ambiente y responsabilidad de la Administración”, *REDA*, nº. 11, 1976.
- *Constitución Española*, Thomson&Aranzadi, Navarra 2003.
- MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés**: “Delito Urbanístico”, en *Empresa y Delito en el Nuevo CP*, CDJ, nº. 2, CGPJ, Madrid 1997, pp. 173-209.
- “Prevaricación Ambiental”, en *Problemas derivados de la delincuencia medioambiental*, *Estudios de Derecho Judicial* nº. 52, año 2004, CGPJ, pp.71-107.

- “Comentarios a los arts, 404 a 445 del CP”, en Comentarios al CP, tomo IV, dir: Conde-Pumpido Tourón, coord. Barja de Quiroga, Bosch, Barcelona 2007, pp. 3005-3017.

**MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos:** “Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios, A propósito de la Sentencia del TS sobre el Caso Barreiro “, ADPCP nº. 44, tomo II, 1999.

**MARTÍNEZ-FRESNEDA ORTIZ DE SOLÓRZANO, Gonzalo:** “Delitos de excelencia, delitos de supervivencia “, en Claves de la Razón Práctica, nº. 93, junio 1999, p. 38.

**MARTÍNEZ MARTÍN, Diego José:** “Las funciones de las Administraciones públicas en el medio ambiente: intento de sistematización“, DA, nº. 190, 1981, pp.293-335.

**MATA Y MARTÍN, Ricardo:** *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Comares, Granada 1997.

**MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria:** *Medio Ambiente y Funcionarios Públicos (Análisis del tipo objetivo del art, 329 del CP)*, Bosch, Barcelona 2000.

- “Protección internacional del medio ambiente: especial consideración de la perspectiva comunitaria “, en Derecho penal. Implicaciones internacionales, VVAA, Colex, Madrid 1999.

- “Algunas notas sobre la dificultad de demarcar un espacio de tutela penal para la ordenación del territorio”, LL 2001, p. 63.

- *Derecho Penal del medio ambiente*, Editorial Eustel, 2008,

**MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio:** “Observaciones críticas a la configuración de los delitos contra el medio ambiente en el Proyecto de CP de 1992“, Jueces para la Democracia nº. 16-17, 1992.

- “El medio ambiente como ejemplo de interés difuso protegido por el Derecho penal“, en CDJ, nº. XXXVI, CGPJ, Madrid 1994, pp. 285-292.

- *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, Colex, Madrid 1998.

**MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina:** “Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos“, en Estudios Jurídicos en Memoria del Prof, Casabó Ruiz, vol. II, Institut de Criminología de la Universitat de Valencia, Valencia 1997, pp. 349-376.

- “Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación”, Centro de Estudios Judiciales, Madrid 1993.

**MENDOZA BUERGO, Blanca:** “El Delito ecológico: y sus técnicas de tipificación”, APen, nº. 13, Marzo 2002.

- “El delito ecológico: configuración típica, estructuras y modelos de tipificación”, en Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español, Comares, Granada 2005, pp. 109-150.

- *Límites dogmáticos y políticos criminales de los delitos de peligro abstracto*, Comares, Granada 2002.

- *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid 2001.

**MESTRE DELGADO, Esteban**: “Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal”, ADPCP 1998, XLI-II.

- *Derecho penal Parte especial*, 4ª. ed., coord. Lamarca Pérez, Colex, Madrid 2008, pp. 590-603.

**MEZZETTI, Luca**: “Protección jurídica del medio ambiente en el Derecho comparado: Alemania, Italia, Francia y Gran Bretaña“, en *La Protección del Medio Ambiente en el Ordenamiento Jurídico español*, Coordinador Ruiz-Rico Ruiz, Universidad de Jaén, Jaén 1995, pp. 31-55.

**MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, Santiago**: “Delitos sobre el patrimonio histórico“, en *Derecho penal administrativo (ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente)*, Comares, Granada, 1997, pp. 143-289.

**MIR PUIG, Carlos**: *Los delitos contra la Administración Pública en el NCP*, Barcelona 2000.

**MIR PUIG, Santiago**: *Derecho Penal, Parte General*, 7ª. ed., editorial Reppertor, Barcelona 2004.

- *Derecho Penal, Parte General*, 8ª. ed., editorial Reppertor, Barcelona 2008.

- “La perspectiva *ex ante* en Derecho penal”, ADPCP, tomo XXXVI, año 1983, pp. 5-22.

- “El bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendo”, en EPC, XIV, 1989-90, Universidad Santiago de Compostela, pp. 205-215.

- “El Derecho penal en el Estado Social y democrático de derecho”, 1ª.ed., editorial Ariel Derecho, Barcelona 1994.

- *Introducción a las Bases del Derecho Penal. Concepto y Método*, Bosch, Barcelona, 1976.

- “Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función”, en *Delitos de los Funcionarios Públicos en el CP de 1995*, CDJ nº. 30, 1996, CGPJ pp. 305-336.

**MIRA BENAVENT, Javier**: “Función del Derecho penal y forma de Estado“, en *Estudios jurídicos en Memoria del Prof. Casabó Ruiz*, vol. II, Institut de Criminologia de la Universitat de Valencia, Valencia, 1997.

**MOCCIA, Sergio**: “De la tutela de bienes a la tutela de funciones”, en *Política Criminal y Nuevo Derecho penal*, LH a Claus Roxin, Bosch 1997.

**MOECKEL GIL, Emilio**, “Perspectivas del Delito ecológico en el CP de 1995. Su prueba en el proceso”, CPC nº. 65, año 1998, ed. Edersa, pp. 375- 401.

**MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando:** “Introducción general a la protección penal del medio ambiente”, Tesina Doctoral inédita, UAM, Facultad de Derecho 1982.

**MONTANER FERNÁNDEZ, RAQUEL:** *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal, A propósito de la gestión medioambiental*, Atelier, Barcelona 2008.

**MORALES PRATS, Fermín:** “La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: Ley penal en blanco y concepto de peligro”, en *La Protección jurídica del medio ambiente*, coord. Valle Muñiz, Aranzadi, Pamplona, 1997.

- “Funciones del Derecho penal y sociedad civil”, RP Aranzadi, 1999, nº. 1.

- “Técnica de tutela penal de los intereses difusos”, en *Intereses difusos y Derecho penal*, CDJ nº. 36, CGPJ 1994, pp. 73-91.

- “Comentario al art. 320 CP”, en *Comentarios al NCP*, t. III, Parte Especial, dir. Quintero Olivares, coord. Morales Prats, Aranzadi, Madrid 2008.

**MORALES PRATS, Fermín/RODRÍGUEZ PUERTA, M<sup>a</sup>. José:** “Delitos contra la Administración pública”, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, dir: Quintero Olivares, coord, Valle Muñiz, Aranzadi, Pamplona, 1996.

- “Comentario al art. 404 CP”, en *Comentarios al Derecho penal*, tomo III, Parte Especial, dir.: Quintero Olivares, coord. Morales Prats, Thomson&Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 530-540.

**MORALES PRATS, Fermín/TAMARIT SUMALLA, José M<sup>a</sup>:** “De los delitos sobre la ordenación del territorio”, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, dir.: Quintero Olivares, coord. Valle Muñiz, 1<sup>a</sup>. ed., Aranzadi, Pamplona 1996.

- “Comentarios arts. 320,322 y 329 del CP”, en *Comentarios al Nuevo CP*, dir. Quintero Olivares, coord. Morales Prats, Aranzadi, Madrid, 2001.

**MORILLAS CUEVA, Lorenzo:** “Delitos contra la Administración Pública, Prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos”, en *Derecho penal español, Parte Especial*, Cobo del Rosal (Director), 2<sup>a</sup>. ed., Dykinson, Madrid 2005, pp.859-862.

**MULLER-TUCKFELD, Jens Christian:** “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente”, en *La insostenible situación del Derecho penal*, trad. de Elena Iñigo Corroza, Nuria Pastor Muñoz y Ramón Ragües i Valles, Comares, Granada 2000, pp. 507-530.

**MUÑOZ CONDE, Francisco:** *Derecho penal, Parte especial*, 15<sup>a</sup>. Tirant lo Blanc, Valencia 2004.

- *Derecho penal, Parte especial*, 16<sup>a</sup>. ed., Tirant lo Blanc, Valencia 2007.

**MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes:** *Derecho Penal, Parte General*, 3<sup>a</sup>. ed., Tirant lo Blanc, Valencia 1998.

- *Derecho penal, Parte General*, 7<sup>a</sup>. ed., Tirant lo Branch, Valencia 2007.

**MUÑOZ LORENTE, José:** “Juicio crítico sobre las reformas penales en materia medioambiental introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del CP”, en RDPPyP, La Ley Penal, nº. 6, año 1, junio 2004, pp. 5-48.

- “Obligaciones constitucionales de incriminación y Derecho penal simbólico”, RDyPP, Aranzadi, nº. 6, año 2001-2, pp. 103-131.

**MÜSSIG, Bernd:** “Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal (Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema)”, RDPCr, 2ª. época, nº. 9, enero 2002, pp. 169-208.

**NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio:** “Los delitos sobre ordenación del territorio: la responsabilidad penal de la Administración urbanística”, APen, 1997-1, pp. 353-391.

- “La responsabilidad penal de la Administración urbanística: el artículo 320 del CP”, AJ Aranzadi, nº. 270, 21 de noviembre de 1996, pp. 1-4.

- “Análisis del artículo 320: la responsabilidad penal de la Administración urbanística”, en Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, editor De la Mata Barranco, IVAP, Oñati, 1998.

**NIETO MARTÍN, F.:** “Medio Ambiente y Derecho: el ejemplo de Aznalcollar“, Diario La Ley nº. 5603, 3 septiembre de 2002.

**OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio:** *La Prevaricación del Funcionario Público*, Civitas, Madrid, 1980.

- “El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el CP”, LL, 1996 tomo V, pp. 1513-1526.

- “Un ejemplo de norma jeroglífica: el art. 329 CP. Algunas cuestiones (y ciertas respuestas) sobre consumación, tentativa, autoría, participación y penas referidas al art. 329 CP (y figuras afines)”, Revista Penal Aranzadi, 2000, nº. 3, pp. 13-44.

- “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, ADPCP nº. 43, 1990, pp. 5-27.

**OLAIZOLA FUENTES, Inés:** “Concepto de funcionario público a efectos penales“, en Delitos contra la Administración Pública, Asúa Batarrita (Editora), IVAP, Vitoria 1997, pp. 77-85.

**OLIVAN DEL CACHO, Javier:** “La ordenación del territorio, vivienda y la protección del medio ambiente“, en Derecho administrativo, Parte Especial, Cuarta Parte, Capítulos I, III y IV, Dir.: José Bermejo Vera, Civitas, Madrid 2001, pp. 527-547.

**OLMEDO CARDENETE, Miguel/ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos:** “El mandato constitucional de protección al medio ambiente y su plasmación en el CP de 1995 “, en Estudios de Derecho Público en LH a Ruiz-Rico, Tecnos, Madrid, 1996.



- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis:** “El concepto de medio ambiente “, en Lecciones de Derecho del Medio Ambiente, Ortega Álvarez (Director), 3ª. ed., Lex Nova, Valladolid, 2002, pp. 43-79.
- ORTEGA MONTORO, Rodrigo:** “Los delitos contra la ordenación del territorio en el CP de 1995”, LL 1997-6, pp. 1535-1547.
- ORTS BERENGUER, Enrique:** “Artículos 24 y 404“, en ComCP de 1995, vol. II, coord. Vives Antón, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- “Delitos contra la Administración Pública (I), Prevaricación, Abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos, Desobediencia y denegación de auxilio, Infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos“, en Derecho penal, Parte Especial, 2ª. ed., coord. Vives Antón, Tirant lo Blanch, Valencia 2008. pp. 653-663.
  - “El delito urbanístico en los Tribunales de Justicia “, en Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, De la Mata Barranco (Editor), IVAP, Oñati, 1998.
  - “De la Prevaricación de los Funcionarios Públicos y otros comportamientos injustos“, en ComCP de 1995, coord. Vives Antón, p. 1783.
  - *Derecho penal Parte Especial*, Tomo VII, esquemas, Tirant lo Blanch 2007.
- ORTS GONZÁLEZ, Mª, Dolores:** *El Delito de Usurpación típica de Funciones Públicas*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba 1987.
- OVEJERO, Carlos:** “Recalificar un terreno: una misión casi imposible“, en El Mundo, Sección Su Vivienda de 26 de mayo de 2000.
- PAGLIARO, Antonio/PARODI GIUSINO, Manfredi:** *Principi di Diritto penale, Parte Speciale I- Delitti contro la pubblica amministrazione*, 10ª. ed., editorial Dott A. Giuffré, Milano 2008.
- PARADA VÁZQUEZ, José Ramón:** “La responsabilidad criminal de los funcionarios y sus obstáculos: autorización previa, prejudicialidad administrativa y cuestiones previas”, Revista de Administración Pública, nº. 31, 1960.
- *Derecho administrativo I, Parte General*, 16ª. ed., Marcial Pons, Madrid 2007.
  - *Derecho Administrativo III, Bienes públicos y Urbanismo*, 2ª, Ed, Marcial Pons, Madrid 1989,
- PAREDES CASTAÑÓN, José Mª:** “Los delitos contra la Ordenación del Territorio“, en Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales y otros Tribunales, vol. II, Estudios e Índices, Aranzadi, Pamplona 2000, pp. 139-158.
- “Responsabilidad penal y *nuevos riesgos*: el caso de los delitos contra el medio ambiente”, APen nº. 10, vol. III, 9 marzo 1997, pp. 217-227.
  - “Delitos sobre la ordenación del territorio”, en Enciclopedia Penal Básica, dir. Luzón Peña, Comares, Granada 2002, pp. 535-545.

- PAREJO ALFONSO, Luciano:** “Prologo” a Los Delitos contra la ordenación del territorio de J.A. Domínguez Luis/E. Farré Díaz, Ediciones Revista General de Derecho, Madrid, 1999.
- PAUL, Wolf:** “Megacriminalidad ecológica y Derecho ambiental simbólico. (Una intervención iusfilosófica en el sistema de la organizada irresponsabilidad)”, en *Pena y Estado* nº, 1, 1991, pp. 111-122.
- PEÑA CABRERA, Raúl:** *Nuevo CP comentado y leyes complementarias*, ed. San Marcos, Lima 1992.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique/SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos/CANCIO MELIÁ, Manuel,** *Un nuevo sistema del Derecho Penal, Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva de Günther Jakobs*, 1ª. ed., editorial Ad-Hoc, Buenos Aires 1999.
- PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando:** *Protección Penal del consumidor*, Barcelona 1991.
- PÉREZ DE GREGORIO, José J.:** “Los Delitos contra el medio ambiente“, LL 1996-1.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique:** “Comentarios a los arts. 45 y 46 de la Constitución“, en *Comentarios a las Leyes Políticas*, dir.: Alzaga Villamil, tomo IV, arts. 39-55, Edersa, Madrid 1996, pp. 236-303.
- “Las generaciones de Derechos Humanos“, RCEC nº. 10, 1991, pp. 203-217.
  - *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.
- PÉREZ MORENO, Alfonso:** “El postulado constitucional de promoción y conservación del Patrimonio Histórico y Artístico“, en *Estudios sobre la Constitución española*, LH a García de Enterría, tomo II, coord. Martín Retortillo, Civitas, Madrid 1991, pp. 1621-1641.
- PÉREZ MORENO, Alfonso/ESCRIBANO COLLADO, Pedro/LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luis:** “Desarrollo legislativo de la Constitución en materia de protección del medio ambiente“, *Revista de Administración Pública*, nº. 103, año 1984.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel:** “Aspecto políticos-criminales de los delitos contra el medio ambiente“, en *Estudios Penales y Jurídicos*, LH a Casas Barquero, Universidad de Córdoba, Córdoba 1996, pp. 623-642.
- “Delitos contra la Administración Pública (I), Prevaricación, Nombramiento Ilegal, Aceptación de nombramiento ilegal“, en *Curso de Derecho penal español Parte Especial II*, dir.: Cobo del Rosal, Marcial Pons, Madrid 1997, pp.267-292.
  - “Delitos contra el Medio ambiente en el CP español de 1995“, en *Estudios Jurídicos en Memoria del Prof. Casabó Ruiz*, vol. II, Institut de Criminologia de la Universitat de Valencia, Valencia 1997, pp. 597-621.
  - *Derecho penal, Parte General, Fundamentos científicos del Derecho penal*, tomo I, 4ª. ed., Bosch, Barcelona 2001.
- “Derecho penal Criminal y Derecho administrativo sancionador“, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº. 7, 1989.

“La Criminalidad ecológica en la legislación penal española“, en Política Criminal y Reforma Penal, LH al prof. Del Rosal, Edersa, Madrid 1993.

**PORTILLA CONTRERAS, Guillermo:** “Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos”, CPC nº. 39, 1989.

**POZUELO PÉREZ, Laura:** “Notas sobre la denominada expansión del Derecho penal: Un análisis al hilo de los delitos contra la ordenación del territorio“, en RDyPP, año 2003.1, nº. 9, Thomson & Aranzadi, pp. 13-47.

- “El delito de prevaricación administrativa en los supuestos de aprobación o modificación arbitraria de planes urbanísticos”, en LH a González-Cuellar García, Madrid 2006.

- “La delincuencia urbanística, en Derecho penal de la Construcción: Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo”, ed. Comares/Urbanismo, Granada 2006, pp. 1-132.

**PRATS CANUT, Joseph Miquel:** “Responsabilidad penal de las autoridades y funcionarios municipales en material ambiental“, en Cuadernos Jurídicos nº. 27, febrero 1995, Barcelona, pp. 32-49.

- “Actuación incorrecta del funcionario público y responsabilidad en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública“, en Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, De la Mata Barranco (Editor), IVAP, Oñate 1998, pp. 101-127.

- Comentarios al CP, dir.: Gonzalo Quintero, Aranzadi, Madrid 1996.

- “Análisis de algunos aspectos problemáticos de la protección penal del medio ambiente”, ponencia presentada a las Jornadas sobre La protección penal del medio ambiente, Agencia del Medio Ambiente, CODA/AEDENAT, Madrid 1990.

**PRATS CANUT, Joseph Miquel/MARQUES I BANQUE, M<sup>a</sup>.:** “Comentarios arts. 329 del CP”, en Comentarios al Nuevo CP, de Quintero Olivares/Morales Prats, Aranzadi, Madrid, 2001.

- “Comentarios al art. 329 CP”, en ComCP, Parte Especial, tomo III, de Quintero Olivares/Morales Prats, 5<sup>a</sup>. ed., Aranzadi, Madrid 2008, pp. 133-145.

**PRATS CANUT, Joseph Miquel/MARQUES I BANQUÉ, M<sup>a</sup>./MORÁN MORA, Carolina:** *El Derecho penal ambiental y Derecho Comunitario, La Directiva IP*, Aranzadi, Pamplona 2002.

**PRAT GARCÍA, Josep Maria/SOLER MATUTES, Pedro:** *El delito ecológico*, 1<sup>a</sup>. ed., Cedecs, Barcelona 2000.

**PRIETO DE PEDRO, Jesús:** *Cultura, Culturas y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993.

**PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DEL NCP DE 1983**, 2<sup>a</sup>. ed., Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid 1984.

**PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL CP DE 1992**, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid 1992.

**QUERALT JIMÉNEZ, Joan J.:** “El concepto penal de funcionario público“, CPC, nº. 27, 1985, pp. 477-507.

- *Derecho Penal español, Parte Especial*, 3ª. ed., Bosch, Barcelona 1996.

**QUINTANA LÓPEZ, Tomás:** “La Evaluación de Impacto Ambiental”, Revista de Administración Pública nº. 153, sept.-dic. año 2000.

**QUINTERO OLIVARES, Gonzalo:** “Comentario al art. 24 CP“, en Comentarios al Nuevo CP, de Quintero Olivares/Valle Muñiz, Aranzadi, Pamplona 2001.

- “Infracciones urbanísticas y delitos relativos a la ordenación del territorio”, en La Frontera del CP de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador, CDJ, 1997, CGPJ, pp. 349-380.

- *Parte General del Derecho penal*, con la colaboración de Morales Prats, Thomson&Aranzadi, 2ª. ed., Navarra 2007.

**RAGUÉS I VALLÉS, Ramón:** “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, Diario LL nº. 5633 de 15 octubre 2002, pp. 1-11.

- *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona 1999.

- “Determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo, (Comentario a la STS de 24-11-1995, ponente Sr. Delgado García)”, ADPCP, vol. XLIX, fascículo II, mayo-agosto 1996, pp. 795-822.

**RAMÍREZ SÁNCHEZ, Jesús Mª:** “Planeamiento urbanístico y Evaluación de Impacto Ambiental”, RDUyMA, año XXXVII, nº. 202, junio 2003, pp. 187-221.

**RAZQUIN LIZÁRRAGA, José Antonio:** *La Evaluación del Impacto Ambiental*, Aranzadi, Navarra 2000.

**REBOLLO VARGAS, Rafael:** *La revelación de secretos e informaciones por funcionarios públicos*, Cedecs, Barcelona 1996.

**RENART GARCÍA, Felipe:** “Patrimonio histórico y Derecho penal: las distintas valoraciones doctrinales y jurisprudenciales en torno a los elementos normativos del tipo”, Revista La Ley Penal, julio 2006, pp. 22-35.

**ROCA AGAPITO, Luis:** “Los delitos contra la ordenación del territorio en la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia (Especial atención a la STS, Sala 2ª. de 26-6-2001 y a las Sentencias de las Audiencias Provinciales)”, RDPCr, nº. 5, enero 2002, Lex Nova, pp. 87-125.

**RODAS MONSALVE, Julio Cesar:** *Protección penal y Medio Ambiente*, 1ª. ed., PPU, Barcelona 1993.

**RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime:** “El silencio administrativo y los actos tácitos o presuntos“, RPJ nº. 53, 1999, pp. 309-324.

**RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca:** “Ordenación urbanística, legislación sectorial y medio ambiente”, en RDUyMA, nov. 2000, pp. 100-118.

- “Protección ambiental, y ordenación territorial y urbanística: ponderación y desarrollo sostenible”, en RDUyMA, nº. 193, abril-mayo 2002, pp. 495-553.

**RODRÍGUEZ DEVESA, José M<sup>a</sup>:** *Derecho Penal español, Parte Especial*, 5<sup>a</sup>. ed., Madrid 1973.

**RODRÍGUEZ DEVESA, José M<sup>a</sup>./SERRANO GÓMEZ, Alfonso:** *Derecho Penal español, Parte Especial*, 18<sup>a</sup>. ed., Dykinson, Madrid 1995.

**RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa:** “Algunas reflexiones acerca del problema causal y la autoría en los supuestos de adopción de acuerdos antijurídicos en el seno de órganos colegiados”, RDPCr, nº. 1 extraordinario, año 2000, pp. 171-197.

- “Delitos de peligro”, en Enciclopedia Penal Básica, dir. Luzón Peña, Comares, Granada 2002, pp. 493-498.

**RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo:** *Derecho Penal, Parte General*, 1<sup>a</sup>. ed., Civitas, Madrid 1978.

- “Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios“, ADPCP nº. XXXVII, tomo III, 1984, pp. 677-691.

- “Comentarios a los arts, 11 y 24 CP”, en ComCP, de Rodríguez Mourullo/Jorge-Barreiro, Civitas, Madrid 1997, pp. 57-162.

- “Limitaciones del Derecho Penal del medio ambiente: alternativas político-criminales”, en A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica 81, Colloquia 13, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora 2005, pp. 159-177.

**RODRÍGUEZ NUÑEZ, Alicia:** “Los bienes protegidos en los delitos sobre el patrimonio cultural”, Revista La Ley Penal, julio 2006, pp. 5-21.

**RODRÍGUEZ PUERTA, M<sup>a</sup>. José/VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina:** “La responsabilidad penal del funcionario público en materia urbanística“, en nuevo Derecho penal español, Aranzadi, Elcano 2001, pp. 1739-1767.

**RODRÍGUEZ RAMOS, Luis:** “La nueva protección penal del ambiente”, en Temas de Legislación, Gestión y Derecho ambiental, ICAM, Programa Iberoamericano 1995-1997, Dykinson, Madrid 1997.

- “Aproximación a la política criminal desde la protección del medio ambiente “, Revue Internationale de Droit Penale I-1978, pp. 279-293.

- “Alternativas de la protección penal del medio ambiente, CPC, nº.19, 1983, pp. 133-156.

- “La protección del medio ambiente en el Proyecto del CP (arts. 323-325 del Proyecto)”, RFDUCM Monográfico nº. 3, 1980.

- “Error reduplicado en la regulación del concurso de leyes (Exégesis crítica del art. 8 del CP)“, AJ Aranzadi, nº. 330, 19-2-1998.
- “Protección penal del ambiente“, en Comentarios a la Legislación penal, dir. Cobo del Rosal, coord. Bajo Fernández, tomo I, Edersa, 1982, pp. 260-279.
- “Los delitos urbanísticos en el Proyecto de CP“, LL 1981, p. 888.
- “Protección penal del urbanismo (pautas para criminalizar algunas conductas)“, RDUyMA nº. 81, Madrid 1983, pp. 31-47.
- “Responsabilidad penal por atentados contra el medio ambiente“, ponencia del 1º. Congreso Andaluz de Ciencias Penales, El Puerto de Santa Maria, 1993.
- *Secundariedad del Derecho Penal económico*, Biblioteca Jurídica de Bolsillo nº. 47, Colex, Madrid 2001.
- “Reserva de ley orgánica para las normas penales“, en Comentarios a la Legislación penal, tomo I, dir.: Cobo del Rosal, coord. Bajo Fernández, Edersa, Madrid 1982.
- “¿Hacia un nuevo Derecho Penal privado y secundario? (Las nuevas cuestiones prejudiciales suspensivas)“, en AJ Aranzadi nº. 2, 1996.
- *La protección penal del ambiente en España*, en Protección internacional del medio ambiente y derecho ecológico, directores De la Cuesta Arzamendi y Fernández Casadevante, Servicio editorial Universidad del País Vasco, 1987, pp. 181-188.
- *Art. 347 bis*, en ComCP, coord. López Barja de Quiroga/Rodríguez Ramos, ed. Akal, 1990, pp. 648-655
- ROMA VALDÉS, Antonio:** “Los Delitos sobre el patrimonio histórico“, en Delitos y cuestiones penales en el ámbito empresarial, Manual V, Madrid, Expansión 1999.
- “Notas en torno a la actual y deficiente regulación de la relación entre Administración y Jurisdicción penal“, APen nº. 24, junio 2002.
- ROMÁN GARCÍA, Fernando:** “Delitos sobre la Ordenación del Territorio“, en Derecho penal administrativo (ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente), Comares, Granada 1997, pp. 23-139.
- ROXIN, Claus:** *Política Criminal y Estructura del Delito, Elementos del delito en base a la política criminal*, trad. de Bustos Ramírez y Hormazabal Malaree, PPU, 1ª. ed., Barcelona 1992.
- *Derecho Penal Parte General, Tomo I. Fundamentos, La estructura de la teoría del delito*, trad. de Luzón Peña, Díez y García Conlledo y Vicente Remesal, 2ª. ed., Civitas, Madrid 1997.
- *Problemas básicos del Derecho Penal*, trad. de Luzón Peña, Reus 1976.
- “Acerca del desarrollo reciente de la política criminal“, CPC, nº. 46, 1992.

- “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?” trad. Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, en *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* edición española a cargo de Rafael Alcocer, M<sup>a</sup>. Martín e Iñigo Ortiz de Urbina, Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 443-458.

**RUANO RODRÍGUEZ, Lucía:** *Constitución, Función pública y empleo laboral*, Aranzadi, Pamplona 1998.

**RUDOLPHI, Hans-Joachim:** “El fin del Derecho Penal del Estado y las formas de imputación jurídico penal”, trad. de Silva Sánchez, en *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, compilador Schünemann. Estudio en Honor de Claus Roxin en su 50º. Aniversario, Tecnos, Madrid 91, pp. 81-93.

- “Los Diferentes aspectos del concepto de bien jurídico“, en *Nuevo Pensamiento Penal*, Revista de Derecho y Ciencias Penales, año IV, nº. 5 a 8, trad. Enrique Becigalupo, Buenos Aires 1975, pp. 329-347.

**RUIZ VADILLO, Enrique:** “Proyecto de CP de 1980”, Cuadernos de Documentación nº. 13, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid 1980.

**RUTHER, Werner:** “Génesis de la norma penal para la protección al medio ambiente“, CPC, nº. 25, 1985.

**SALINERO ALONSO, Carmen:** “Delitos contra la ordenación del territorio (II)“, LL, 20 de agosto de 1997, y también LL tomo 4, 1997, pp. 1332.

- *La Protección del Patrimonio Histórico en el CP de 1995*, Cedesc, Barcelona 1997.

**SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Flor:** “Delitos sobre la ordenación del territorio: el delito urbanístico en el nuevo CP“, en CPC, nº. 63, 1997, pp. 669-688.

- “Alcance y límites a la cláusula agravatoria de la responsabilidad de los funcionarios en materia urbanística“, CPC, nº. 65, 1998, pp. 435-447.

**SÁNCHEZ MELGAR, Julián:** “Comentarios al art. 11 CP”, en *CP. Comentarios y Jurisprudencia* (arts. 1 a 237), tomo I, coord. Julián Sánchez Melgar, Sepin, Madrid 2004, pp. 94-98.

**SÁNCHEZ MORÓN, Miguel:** *Derecho a la función pública*, Tecnos, Madrid 1996.

**SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier:** “Delitos de funcionarios, aproximación a su parte general”, Revista Canaria de Ciencias penales nº. 3, julio 1999, pp. 7-29.

- “Tipo objetivo. Prueba del dolo y participación en el delito de prevaricación. Comentario a la sentencia del TS de 15-10-1999 (Sala 2ª.)”, en *AJ Aranzadi* nº 415, de 25 de noviembre de 1999, pp. 1-6.

- “Estudio sobre los deberes positivos, el mandato y la figura del consenso en el Derecho penal”, CPC, nº. 68, mayo-agosto 1999.

**SANTANA VEGA, Dulce M<sup>a</sup>.**: “Funciones del Derecho Penal y bienes-jurídicos penales colectivos”, APen, nº 9, año 2001, pp.141 y ss.

- La protección penal de los bienes jurídicos colectivos, Dykinson, Madrid 2000.

**SANZ MORÁN, Ángel José**: “Concurso de delitos: real e ideal”, en Enciclopedia penal básica, dir.: Luzón Peña, Comares, Granada 2002, pp. 267-271.

- “Concurso de leyes o normas”, en Enciclopedia penal básica, dir.: Luzón Peña, Comares, Granada 2002, pp. 271-273.

**SCHÜNEMANN, Bernd**: “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación”, trad. María Martín Lorenzo y Mirja Feldmann, en *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, edición española a cargo de Rafael Alcocer, M<sup>a</sup>. Martín e Íñigo Ortiz de Urbina, Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 197-226.

**SERRANO GÓMEZ, Alfonso**: *Derecho Penal: Parte Especial, II (2), Delitos contra la Colectividad*, 4<sup>a</sup>.ed., Dykinson, Madrid 1999.

**SERRANO ALBERCA, José Manuel**: “Comentario al art. 117.3 de la Constitución”, en Comentarios a la Constitución española de 1978, Civitas, Madrid 1980.

**SGUBBI, Filippo**: “Protección penal del medio ambiente y delito ecológico en Italia“, en Protección Internacional del Medio Ambiente y Derecho Ecológico, De la Cuesta Arzamendi y Fernández Casadevante (Directores), Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1987.

- “Tutela penale di interessi diffusi”, en La Questione Criminale, anno I, nº. 3, 1975, pp. 439-481.

**SIERRA LÓPEZ, M<sup>a</sup>. del Valle**: “La prevaricación específica del funcionario público en el marco de los delitos recogidos en el en el título XVI: su relación con la prevaricación genérica del art. 404 del CP”, APen nº. 36, 8 de octubre de 2000, pp. 771-783.

**SILVA FORNÉ, Diego**: “Delitos sobre la ordenación del territorio: bien jurídico tutelado y política criminal”, Revista de Ciencias penales, vol. 1, nº. 2, 2º. semestre 1998, pp. 433-468.

**SILVA SÁNCHEZ, Jesús M<sup>a</sup>**: Los delitos contra el medio ambiente, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.

- “Introducción, Necesidad y legitimación de la intervención penal en la tutela de la ordenación del territorio“, en Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, De la Mata Barranco (Editor), IVAP, Oñati, 1998, pp. 15-36.

- “¿Política-Criminal moderna? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el Nuevo CP de 1995“, APen 1998-1, pp. 435 y ss.

- *El nuevo CP: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona 1997.



- “Consideraciones teóricas generales sobre la reforma de los delitos contra el medio ambiente, LH a Klaus Tiedemann, Castellón de la Plana, pp. 151-181.
- “Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo”, en *Dogmática penal, Política Criminal y Criminología en Evolución*, Romeo Casabona (Editor), Comares, Universidad de La Laguna, 1997.
- “Sobre las posibilidades y límites de una Dogmática Supranacional del Derecho Penal”, La Red: [http://vlex.com/pe/redp/N@umero\\_16-\\_Marzo\\_de\\_2001/2](http://vlex.com/pe/redp/N@umero_16-_Marzo_de_2001/2)
- *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona 1992.
- *La expansión del Derecho Penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*, 2ª. ed., Cuadernos Civitas, Madrid 2001.
- “Aspectos de la Comisión por omisión: fundamentos y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, CPC, nº. 39, 1989.
- “Reflexiones sobre las bases de la política criminal”, en Cerezo Mir, Suárez Montes y otros, *El NCP: presupuestos y fundamentos*, LH a Torio López, Comares, Granada, 1999, pp. 209 y ss.
- “¿Protección Penal del medio ambiente? Texto y contexto del art. 325 CP”, Revista La Ley, año 1997, tomo 3.

**SOSPEDRA NAVAS, Francisco:** “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Delitos relativos a la ordenación del territorio y protección del patrimonio histórico, medio ambiente y contra la seguridad colectiva (delitos de riesgo catastrófico e incendios)*, Bosch, Barcelona 1999, pp. 213-216.

**SOTO NAVARRO, Susana:** *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada 2003.

**SOTO VÁZQUEZ, S:** Boletín de Urbanismo, El Derecho, de 1 de diciembre de 1992.

**STRATENWERTH, Günther:** *Derecho Penal, Parte General I, El Hecho punible*, trad. Cancio Meliá y Sancinetti, Thomson/Civitas, Navarra 2005.

- “La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos”, trad. Iñigo Ortiz de Urbina y Gimeno y Margarita Valle Mariscal de Gante, en *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Edición española a cargo de Rafael Alcocer, Mª. Martín e Iñigo Ortiz de Urbina, Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 365-372.

**STERNBERG-LIEBEN, Detlev:** “Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal”, trad. Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, en *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Edición española a cargo de Rafael Alcocer, Mª. Martín e Iñigo Ortiz de Urbina, Marcial Pons, Madrid 2007, pp. 105-128.

**SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos:** “Participación en las decisiones del consejo de administración de una sociedad y responsabilidad penal”, en *La responsabilidad penal de las sociedades. La actuación en nombre de otro. Responsabilidad de los consejos de administración. Responsabilidad de los subordinados*, CDJ, nº. VII, CGPJ Madrid 1994, pp. 39- 59.

- “Comentarios a los arts, 320, 322 y 329 del CP”, en *Comentarios al CP*, de Rodríguez Mourullo/Jorge Barreiro, Civitas, Madrid 1997, pp.916-921.

**SUÁREZ LÓPEZ, José M<sup>a</sup>:** *El concurso real de delitos*, 1<sup>a</sup>. ed., Madrid 2001

**TAMARIT SUMALLA, Josep M<sup>a</sup>:** “De los delitos sobre el patrimonio Histórico”, en *Comentarios al Nuevo CP*, dir.: Quintano Olivares, Aranzadi, 2<sup>a</sup>. ed., Madrid 2001.

- “Comentarios art. 322 del CP, en *Comentarios al Nuevo CP*, dir.: Quintero Olivares y coord.: Valle Muñiz, 1<sup>a</sup>. ed., Pamplona 1996.

**TEJEDOR BIELSA, Julio C:** “Urbanismo”, en *Derecho Administrativo, Parte Especial, Cuarta Parte, Capítulo II*, Dir.: José Bermejo Vera, Civitas, Madrid 2001, pp. 551-724.

**TERRADILLOS BASOCO, Juan:** “La responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente”, *EPC*, tomo XX, 1997, pp. 313-332.

- “Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en *Derecho penal del medio ambiente*, coord. Terradillos Basoco, Trotta, Madrid, 1997.

- “Protección Penal del Medio ambiente en el nuevo CP español. Luces y Sombras”, *EPC*, tomo XIX, año 1996, Universidad de Santiago de Compostela, pp. 293-324.

- “Peligro abstracto y garantías penales”, en *El Nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, coord.: Quintero Olivares/Morales Prats, Aranzadi, Elcano (Navarra) 2001, pp. 787-815.

- “Constitución y Ley penal: la imposible convergencia”, *RFDUCM*, Monográfico 11, 1986, pp. 651-665.

- “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”, *RFDUCM* nº. 63, 1981.

**TIEDEMANN, Klaus:** “El nuevo Derecho penal español del ambiente en comparación con el Derecho penal alemán del ambiente”, en *La droga en la sociedad actual. Nuevos horizontes en Criminología*, Beristain y De la Cuesta (compiladores), Instituto Vasco de Criminología, Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa, San Sebastián, 1985.

- “Relación entre Derecho penal y autorización jurídico-administrativa. El ejemplo del Derecho penal del ambiente”, en *Protección internacional del medio ambiente y derecho ecológico*, dir.: De la Cuesta Arzamendi y Fernández Casadevante, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao 1987.

- “La Ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas“, Revista de Ciencias Penales, vol. I, nº. 2, 2º. semestre de 1998.
  - “Teoría y reforma del Derecho penal del ambiente. Estudio de derecho comparado“, en Protección internacional del medio ambiente y derecho ecológico, dir.: De la Cuesta Arzamendi y Fernández Casadevante, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1987.
  - “El Derecho Penal alemán del ambiente: cuestiones dogmáticas novedosas, en Lecciones de Derecho penal económico, trad. de José Luis de la Cuesta, PPU, Barcelona 1993, pp. 173-205.
  - “La armonización del Derecho penal en los Estados miembros de la Unión Europea“, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- TORÍO LÓPEZ, Ángel:** “Delitos contra la Administración Pública“, en Ensayos de Derecho Penal y Criminología en honor de Javier Pina y Palacios, coord. Luis de la Barrera Solórzano y Zurita Fellini Gandulfo, editorial Porrúa, México 1985.
- “Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)“, ADPCP , tomo XXXV, año 1981, pp. 825-847.
  - “Límites Políticos Criminales del delito de comisión por omisión“, ADPCP, tomo XXXVII, año 1984.
  - “Acción peligrosa y Dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas“, en Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en Evolución“, Romeo Casabona (Editor), Comares, Universidad de La Laguna, 1997, pp. 369-385.
  - “Injusto penal e injusto administrativo (Presupuesto para la reforma del sistema de sanciones), en Estudios sobre la Constitución española, LH a García de Enterría, Civitas, Madrid 1991, pp. 2529 y ss.
- TRAYTER JIMÈNEZ, Juan Manuel:** *Manual de Derecho Disciplinario de los Funcionarios*, Marcial Pons-Generalitat de Catalunya, Madrid 1992.
- ULL PONT, Eugenio:** “La defensa del medio ambiente en la Constitución“, Revista de Estudios Políticos, nº. 5, 1978.
- URRAZA ABAD, Jesús:** “Relaciones Derecho penal-Derecho administrativo en materia de protección penal del medio ambiente: constitucionalidad y contenido material de las remisiones normativas, los conceptos normativos y los conceptos valorativos empleados en el CP de 1995 (I y II)“, LL nº. 4832 y 4833, de 5 y 6 julio de 1999.
- “Delitos relativos a la ordenación del territorio: principales polémicas y primeros posicionamientos jurisprudenciales“, APen, nº. 27, 2 al 8 de julio del 2001, pp.1-22.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos:** Código penal, Edersa, Madrid 1996.

**VAELLO ESQUERDO, Esperanza:** “La defensa del patrimonio Histórico-Artístico y el Derecho penal”, en Derecho y Proceso, Estudios Jurídicos en honor del Prof. Martínez Bernal, Murcia, 1980.

**VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada:** “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionarios públicos, función pública y personas que desempeñan una función pública“, CPC, nº. 62, 1997, pp. 435-498.

**VERCHER NOGUERA, Antonio:** “Comentarios al Delito Ecológico. Breve Estudio de Derecho Comparado entre España y los Estados Unidos”, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid 1986.

- “El ruido como elemento integrante del medio ambiente y su protección penal“, en Tutela judicial frente al ruido, CDJ nº. 10, año 2002, CGPJ, pp. 379-411.

- “El Convenio de Washington y el nuevo delito contra el medio ambiente”, Jueces para la Democracia, nº. 12, 1991.

- “Las autorizaciones administrativas y los delitos contra el medio ambiente (Algunas consideraciones en torno a la Sentencia de 26 de mayo de 1994 de la Audiencia Provincial de Murcia)“, APen, 1995-2, pp. 905-914.

- “El medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, LL, 1996-2.

- “Delitos contra el patrimonio histórico”, en El NCP y su Aplicación a Empresas y Profesionales. Manual Teórico Práctico”, vol. V, editorial Expansión (Recoletos Cía.), Madrid 1996.

- “La especial forma de prevaricación de los delitos contra la ordenación del territorio”, LL 1997-1, pp. 1914-1919.

- *La Delincuencia Urbanística (Aspectos penales prácticos sobre Urbanismo y Ordenación del Territorio)*, Colex, Madrid 2002.

- “Incidencia del derecho comunitario en la protección penal del medio ambiente”, APen 1994-1.

- “Comentarios y jurisprudencia del CP de 1995”, coord. Ignacio Serrano Butrageño, Comares, Granada 1988, pp. 1488 y ss.

- “Reflexiones sobre las emisiones y vertidos en los delitos contra el medio ambiente y algunos aspectos determinantes en los mismos”, en Revista Penal nº. 7, año 2001, pp. 99-108.

- “La reforma introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en la materia penal ambiental o la exigencia de un reajuste inevitable”, AJ Aranzadi, año XV, nº. 665 y 666 de 21 y 28 de abril de 2005, pp. 1-4.

**VERDÚ MIRA, Antonio:** “Los nuevos delitos contra la ordenación territorial”, AJ Aranzadi, nº. 266, 24 de octubre de 1996.

- “A modo de cuestionario sobre los delitos urbanísticos tras cinco años de vigencia”, RDUyMA, julio-agosto 2001, nº. 187, pp. 47-52.

- “Reflexiones sobre el procedimiento aplicable al otorgamiento de las licencias urbanísticas a propósito de los arts. 319 y 320 del CP”, en RDUyMA, nº. 151, año 1997.

**VIGIL DE QUIÑONES OTERO, Diego/HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Inmaculada/OTERO PASTOR, Isabel /CASERMEIRO MARTÍNEZ, Miguel Ángel:** “La Evaluación de Impacto Ambiental en los instrumentos de ordenación del territorio y planeamiento urbanístico”, RDUyMA, julio-agosto 2004, pp.149-191.

**VILLAR PALASI, José Luis/SUÑE LLINAS, Emilio:** “Comentario al art, 9 de la CE de 1978”, en Comentarios a la Constitución española de 1978, Dirigido por Alzaga Villaamil, tomo I, editorial Edersa, Madrid 1996, pp. 570-574.

**VIÑAS, Ángel:** “Medio Ambiente y Calidad de vida”, Documentación administrativa, número extraordinario 190, abril-junio 1981, pp. 7-36.

**VIRTO LARRUSCAIN, M<sup>a</sup>. José:** “El delito de prevaricación del funcionario público“, en Delitos contra la Administración Pública, Asúa Batarrita (Editora), IVAP, Vitoria 1997, pp. 119-160.

**VIVES ANTÓN, Tomás:** “Detenciones ilegales”, en *La detención: Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes*, de Vives Antón/Gimeno Sendra, Bosch, Barcelona 1977.

- “Principios penales y dogmática penal“, en Estudios sobre el CP de 1995, Parte General, CGPJ, Madrid, 1996.

- “Comentario al art. 11” en ComCP, dir.: por Cobo del Rosal, tomo I, Madrid 1999.

**VOGEL, Joachim:** “Estado y tendencias de la armonización del Derecho penal material en la Unión Europea“, Revista Penal La Ley, nº. 16, julio 2002.

**WELZEL, Hans:** *El Nuevo sistema de Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. de Cerezo Mir, Ariel, Barcelona 1964.

**ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura:** *Libertad personal, y Seguridad Ciudadana. Estudio del tipo del injusto del Delito de Detenciones Ilegales practicadas por Funcionario Público*, PPU, Barcelona 1993.

